جامعة الإسكندرية
كلية الحقوق
قسم الشريعة

التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري

"دراسة فقهية ونقدية مقارنة "

رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق

إعداد الطالب
أحمد شامي

تحت إشراف
الأستاذ الدكتور
جابر عبد الهادي سالم الشافعى

الإسكندرية ٢٠٠٨ـ ٢٠٠٩

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ محمد نبيل غنايم — رئيساً

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة.

الأستاذ الدكتور/ محمد كمال الدين إمام — عضواً

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية.

الأستاذ الدكتور/ جابر عبد الهادى سالم الشافعى: — مشرفاً وعضواً

أستاذ مساعد ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أسأل الله العلي القدير أن يجزيهم عنيّ خير الجزاء إنه ولي ذلك والقادر عليه.

إهــداء

إلـى

روح **والدتي** الطاهرة ....

وإلى القدوة الحسنة الذي غرس في نفسي الطموح وحب الرفعــة إلى **والدي** أطال الله في عمره، وإلى **إخوتي وجميع أفراد أسرتي**.

وإلى أستاذي الأستاذ الدكتور **محمد كمال الدين إمام** الانسان والفقيه والمفكر اعترافاً بفضله وتقديراً لأستاذيته وانتماء إلى مدرسته.

وإلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة أهدي إليهم جميعا هــذا الجهد المتواضع.

كلمة شكر وتقدير

أتقدم بعظيم الامتنان وعميق الشكر والعرفان إلى:

أستاذي الدكتور محمد نبيل غنايم الذي قبل المشاركة في لجنة الحكم على الرسالة مما يزيدها قيمة ووزنا فهو من أهل العلم المشهود لهم بعلوّ المقام وغزارة العلم فالشكر والتقدير له.

أستاذي الدكتور محمد كمال الدين إمام الذي قبل المشاركة في لجنة الحكم على الرسالة مما يزيدها قيمة ووزنا فهو من أهل العلم المشهود لهم بعلوّ المقام وغزارة العلم فالشكر والتقدير له.

أستاذي **الدكتور جابر عبد الهادى سالم الشافعى** الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه الرسالة، وساندني بنصحه ويسرّ لي الله سبل البحث، وأضاء لي طريق البحث ورغبني فيه بعطف الوالد وتواضع العالم

فكان خير معلّم ونعم الأستاذ فله مني جزيل الشكر ووافر التقدير والاحترام وجعله الله ذخرا لطلبة العلم وجزاه عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر والتقدير لأسرة كلية الحقوق وجامعة الإسكندرية ولكلّ من ساهم بقدر من الجهد من أجل إخراج هذا العمل.

قائمة بعض المختصرات في الرسالة

قانون رقم ٨٤-١١: قانون الأسرة الجزائري رقم ١١ لسنة ١٩٨٤.

الأمر رقم ٠٥-٠٢: الأمر الرئاسي المعدل لقانون الأسرة رقم ٠٢ لسنة ٢٠٠٥.

قانون رقم ٠٨-٠٩: قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٩ لسنة ٢٠٠٥.

ق- أ-ج: قانون الأسرة الجزائري.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه وتعالى ونشكره، ونتوب إليه ونستغفره، وأسأله التوفيق لكل ما يحب ويرضى.

والصلاة والسلام على خير أنبيائه، وسيد أصفيائه الذي أرسى دعائم المحبة بين الناس وبلغهم رسالة ربه التي قامت على نظام يؤمنون فيه على دمائهم، وأموالهم، وأعراضهم، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين. وبعد.

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة و المعاصرة على حد سواء، لذلك فإن كل تشريعات الدول و الأنظمة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها و خصوصيتها.

والأسرة في الإسلام نظام شرعي، فليس الزواج مجرد عقد بين رجل وامرأة على الوجه المشروع، وإنما فضلا عن ذلك يعتبر ميثاقا غليظا بين الزوجين، وذلك لقوله تعالى "**وأخذنا منكم ميثاقا غليظا**"[1]، بل إنه عقد بين أسرتين تتعدى آثاره إلى أقاربيهما من خلال حرمة المصاهرة التي تعتبر كحرمة النسب في وجوب الرعاية والتقديس والبر والإحسان.

وقد عرفت الجزائر بعد الاستقلال فراغا قانونيا يزيد عن عشرين سنة في مجال تنظيم أحوال الأسرة، وخاصة فيما يتعلق بمسألتي الزواج والطلاق، فاتخذ القضاء من الفقه الاسلامي سنداً له لحل النزاعات المطروحة أمامه، بالرغم من صدور العديد من المراسيم خلال الحقبة الاستعمارية، ليتدخل المشرع بعد ذلك لسد هذا الفراغ القانوني عن طريق القانون رقم ١١ لسنة ١٩٨٤[2].

ولقد شكل صدورهذا القانون أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي صار يحكم العلاقات الأسرية، إلا أن صدوره تأخر نسبياً مقارنة مع القوانين العربية، وذلك لأن المشرع الجزائري تردد كثيراً في كتابة تقنين شامل لأحكام الزواج والطلاق، لأن هذه الأحكام كانت تسير وفق العرف، فضلاً عن وجود صراع حول هوية هذا القانون.

غير أنه ومع دخول الجزائر مرحلة التعددية السياسية والنقابية ثار نزاع حاد حول طبيعة هذا القانون وهويته، وتباينت وجهات النظر حوله، ما بين مؤيد يرى أن هذا قانون

---

[1] سورة النساء، الآية ٢١.

[2] قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ المؤرخ في ٠٩ رمضان ١٤٠٩هـ الموافق لـ ١٩٨٤/٠٦/٠٩ م.

مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فلا داعي لتعديله[1]، وبين معارض يرى ضرورة إلغاء هذا القانون جملة وتفصيلا[2]، وبين هذا وذاك ظهر اتجاه ثالث ينادي بتعديل قانون الأسرة وتحيينه، بحيث يكون مسايراً لتطور المجتمع الجزائري، وذلك في ضوء التمييز بين الأحكام الثابتة والمتغيرة، واعتباره عملاً بشرياً، وتقنيناً وضعياً، يحتاج إلى تعديل نصوصه حتى يكون أكثر انسجاماً في جوانبه القانونية والشرعية تحقيقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع، مع مراعاة ما أفرزه الاجتهاد القضائي من ملاحظات حول هذا القانون تمثلت في:

الصياغة العامة: عمومية معظم نصوصه مما جعلها تحتمل عدة تأويلات وتفسيرات أدت إلى اختلاف الاجتهاد القضائي في تطبيقه، مثل المادة ٥٤ من ق.أ.ج المتعلقة بالخلع لم تبين شروطه وأثاره فقد جاءت يتيمة ووحيدة غامضة لم تبين مدى موافقة الزوج على إجراء الخلع.

الغموض: غموض بعض نصوصه بسبب إجمال وعدم التفصيل مثل المادة ٥٥ من ق.أ.ج الخاصة بالنشور.

التعارض: تعارض بعض نصوصه مع مقررات الشريعة الإسلامية وما استقر عليه العمل في العرف المحلي، كاعتبار المشرع الجزائري الزواج بالفاتحة مجرد خطبه مع أنها عقد شرعي غير موثق، وكمسألة ازدواجية العدة في حالة الطلاق العرفي (اللفظي) والطلاق القضائي بناء على نص المادة ٥٠ من ق.أ.ج.

التناقض: التناقض الذي وقع فيه المشرع مع القانون المدني خصوصاً في أحكام الأهلية مثل التصرفات السفيه حيث أنها تدور بين الإبطال في قانون الأسرة و قابلية للإبطال (الإبطال النسبي) في القانون المدني، وكذلك التناقض بين المادتين (٠٩،٣٣)[3].

---

[1] وذلك لأن فتح الباب لتعديله قد يؤدي إلى الخروج عن أحكام الشريعة الاسلامية، وهو أمر مرفوض من المجتمع الجزائري عموما.

[2] وذلك لأنهم يرون أن قانون الأسرة يقف عقبة أمام تطورالأسرة الجزائرية المرأة على الخصوص، علاوة أنه لا علاقة له بالشريعة الاسلامية حسب زعمهم.

[3] تنص المادة ٠٩ من قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ على أنه " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق". وتنص المادة ٣٣ من القانون نفسه على أنه " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

هذه الانتقادات استدعت تدخلا تشريعيا، جاء في صورة الامر رقم ٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٠٠٥/٠٢/٢٧. والذي يتضمن أحكام جديدة مست قانون الأسرة في شقيه الموضوعي والاجرائي.

فمن الجانب الموضوعي شمل التعديل، مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة، و أركان وشروط عقد الزواج، وكذلك أسباب التطليق والتكييف الفقهي والقانوني للخلع. وأما على المستوى الاجرائي، فقد سعى المشرع إلى إثبات عقد الزواج، ومسألة الاشتراط في عقد الزواج، والغاء الوكالة في عقد الزواج، واجراءات الصلح بين الزوجين، كما أتى هذا التعديل بالاجراءات الجديدة منها، تفعيل دور النيابة العامة في دعاوى الأحوال الشخصية، والتدابير الاستعجالية المتعلقة بطبيعة الأحكام الصادرة في دعاوى الأحوال الشخصية. إضافة إلى ذلك مس هذا التعديل آثار الزواج وانحلال الرابطة الزوجية.

فقد تباينت وجهات النظر حول التعديل الجديد لقانون الأسرة وهو ما يلاحظ من خلال الكتابات والمؤلفات التي عقبت هذا التعديل، ومما لا يخفى على أحد من المنشغلين بأحكام قانون الأسرة أهمية الدراسة التحليلة والتأصيل الفقهي، لأن الوجه الحقيقي و الصورة الكاملة لأي قانون لا تظهر إلا في الجوانب التطبيقية و العملية، وعندها يمكن الحكم على هذا القانون بما له وما عليه.

الإشكالات التي يطرحها موضوع البحث:

نعالج في هذا البحث التعديلات الجديدة الواردة على قانون الأسرة الجزائري، وذلك من أجل بحث مدى توفيق المشرع الجزائري واصابته الحق بميزان مقاصد الشريعة الاسلامية في حماية نظام الأسرة؟ وهل هذه الأحكام الجديدة التي جاء بها موافقة لواقع المجتمع الجزائري؟ وأخيرا هل بهذا التعديل تدارك المشرع الفراغات القانونية، وبالتالي قضى على تناقض الاجتهادات القضائية. أم أنه مجرد تعديل من أجل التعديل.

منهج البحث:

إن طبيعة الدراسة تقتضي الجمع بين منهجي التأصيل والتحليل، إضافة إلى المنهج المقارن بين الأحكام التي وردت في قانون الأسرة الجزائري رقم٨٤-١١ وبين الأحكام الجديدة التي وردت على القانون المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم ٠٥- ٠٢، ومدى موافقة هذه الأحكام للفقه الإسلامي، مع المقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري وذلك لتبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهم.

خطة البحث:

يأتي موضوع بحثنا لتسليط الضوء على التعديلات الواردة على قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢، ومن هنا قمنا بتقسيم الخطة إلى فصلين خصصنا الأول لتعديلات المتعلقة بالزواج وآثاره في ظل قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢، ويشمل التعديلات المتعلقة بالأحكام الموضوعية لعقد الزواج والتعديلات الخاصة بأحكامه الإجرائية والتعديلات المتعلقة بآثاره.

أما الفصل الثاني فتعرضنا فيه لتعديلات المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية وآثاره ويشمل التعديلات المتعلقة بالأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية والتعديلات التي مست الأحكام الإجرائية والتعديلات المتعلقة بآثار انحلال الرابطة الزوجية.

وتم الاعتماد في دراسة الموضوع على الخطة التالية:

الفصل الأول: التعديلات المتعلقة بالزواج و آثاره بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢

المبحث الأول: التعديلات المتعلقة بالأحكام الموضوعية لعقد الزواج.

المطلب الأول: أحكام الخطبة

المطلب الثاني: أركان عقد الزواج

المطلب الثالث: شروط عقد الزواج

المبحث الثاني: التعديلات المتعلقة بالأحكام الإجرائية لعقد الزواج.

المطلب الأول: إجراءات تحرير و تسجيل و إثبات عقد الزواج

المطلب الثاني: الاشتراط في عقد الزواج

المطلب الثالث: الوكالة في عقد الزواج

المبحث الثالث: التعديلات المتعلقة بآثار الزواج

المطلب الأول: استقلال الذمة المالية والاتفاق حول مصير الأموال المشتركة للزوجين

المطلب الثاني: إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي

المطلب الثالث: إثبات النسب بالبصمة الوراثية

الفصل الأول
التعديلات المتعلقة بالزواج وآثاره
بموجب الأمــر رقــم ٠٥ـ٠٢

الفصل الأول
التعديلات المتعلقة بالزواج
وآثاره بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢

يتضمن عقد الزواج نوعين من الأحكام، أحكام موضوعية وأخرى إجرائية، وإضافة إلى هذه الأحكام فإن لعقد الزواج آثارا تترتب عنه.

وقد جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة بأحكام جديدة مست النواحي الموضوعية والاجرائية لعقد الزواج إضافة إلى الآثار المترتبة عنه.

وهو ما نتناوله من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: التعديلات المتعلقة بالأحكام الموضوعية لعقد الزواج.

المبحث الثاني: التعديلات المتعلقة بالأحكام الإجرائية لعقد الزواج.

المبحث الثالث: التعديلات المتعلقة بآثار عقد الزواج.

المبحث الأول
التعديلات المتعلقة بالأحكام الموضوعية لعقد الزواج

لقد جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ بأحكام جديدة فيما يخص الجانب الموضوعي لعقد الزواج و المتضمن الخطبة و أركان وشروط عقد الزواج.

وهذا ما سنحاول تفصيله من خلال مطالب الثلاثة الآتية، حيث يتضمن المطلب الأول التعديلات الجديدة فيما يتعلق بالخطبة، أما المطلب الثاني فيتناول أركان عقد الزواج، أما المطلب الثالث فيتناول شروط عقد الزواج.

المطلب الأول
أحكام الخطبة

سنتطرق في هذا المطلب للتعديلات التي مست الخطبة، والتي تمثلت في مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة، ومسألة العدول عن الخطبة وآثار هذا العدول. وقبل دراسة هذه التعديلات لا بد من دراسة مفهوم الخطبة.

الفرع الأول
مفهوم الخطبة

لم ينظم الشارع الحكيم لكل العقود مقدمات خاصة بها إنما اختص عقد الزواج من بين العقود بأحكام تميزه لكونه أخطر عقد لعاقديه[1]، إذ هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية، وهو عقد مستمر ينعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة، ومقدمات عقد الزواج هي ما يسمى في لسان الشرع بالخطبة.

ولذا فقد نظمها المشرع الجزائري في مادتين هما (٥، ٦) من قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ تاركا أحكامها الأخرى للفقه الإسلامي، ومن هنا سنتناول أحكام الخطبة على النحو التالي:

[1] د.رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الهدى للمطبوعات، عام٢٠٠٥، ص١٦.

أولا: تعريف الخطبة

١- لغة: قال ابن منظور- الخطب الشأن أو الأمر؛ ومنه قوله تعالى " قال فما خطبكم أيها المرسلون" ومنه خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بالكسر[١]، أي **طلبها للزواج**، والخطبة - بكسر الخاء وسكون الطاء- لغة طلب التزويج بالمرأة؛ فيقال خطب المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم؛ واختطبه القوم دعوه إلى تزويج صاحبتهم[٢]، **قال القرطبي** " الخطبة - بالكسر- فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول؛ والخطبة بالضم هي الكلام الذي يقال في النكاح وغيره"[٣]، ويقال أيضا فلان **اختطب المرأة** فهو خاطب، أما إذا قيل **اختطب القوم** فلانا فمعناه دعوه إلى تزويج امرأة منهم، وهذا المعنى للخطبة ليس بعيدا عن معناه الاصطلاحي الذي أخذ به الفقهاء.

٢-اصطلاحا: لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الخطبة، واكتفى بوصف طبيعتها بأنها وعد بالزواج. وهو مانص عليه في المادة ١/٠٥ من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ على أن " الخطبة وعد بالزواج ".

وقد عرفها الفقهاء بأنها طلب الزواج وإبداء الرغبة في امرأة معينة وقع عليها اختياره، خالية من الموانع الشرعية، بالتقدم إليها أو إلى وليها، ببيان حاله والتفاوض معهم في أمر العقد[٤].

كما عرفها د. **فتحي الدريني** بأنها " توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة، تحل له شرعا في الحال، أو بين من ينوب عنها من الأولياء بإبرام عقد الزواج مستقبلا"[٥].

---

[١] ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب، بيروت لبنان، الجزء الثاني، ص ١١٩٤.

[٢] المصباح المنير، باب الخاء فصل الطاء، دار القلم، بيروت لبنان، الجزء الأول، ص١١٣، وكذلك القاموس المحيط، الجزء الأول، ص٦٣.

[٣] د. نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دارا لهدى الجزائر، ٢٠٠٢، ص١٨ نقلا عن القرطبي في أحكام القرآن، الجزء الثالث، ص ١٩٠.

[٤] الشيخ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة، ط٢، ٢٠٠٥، ص٢٨.

[٥] د. فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي المعاصر، دار قتيبة، بيروت، الجزء الثاني، ص٧٢٦.

فالخطبة بهذا المفهوم اتفاق تمهيدي(مجرد وعد بالزواج في المستقبل) تنتج آثارها باقتران الايجاب بقبول، مع ضرورة تحقق شرطين أساسيين هما:

- الخلو من الموانع الشرعية، وذلك بأن تكون المخطوبة ممن تحل شرعا للخاطب، أي لا تكون من محارمه.

- أن لا تكون مخطوبة للغير، إعمالا لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول صلى الله عليه وسلم قال " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه حتى يأذن له"[١].

ثانيا: حكمها و طبيعتها القانونية

تستمدالخطبة مشروعيتها من القرآن والسنة النبوية، فمن القرآن قوله تعالى" ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء"[٢]، ومن السنة حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم"، وحديث عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر إلى ما يدعو إلى نكاحها فليفعل"[٣].

إلا أن الفقهاء اختلفوا في حكمها، فاعتبرها الجمهور الفقهاء (المالكية والحنفية والحنابلة) أنها ليست واجبة، خلافا لداود الظاهري القائل بوجوبها[٤]. أما الشافعية فاعتبروها مندوبة لفعله **صلى الله عليه وسلم** حيث خطب عائشة بنت أبي بكر، وخطب حفصة بنت عمر رضي الله عنه[٥].

---

[١] الإمام الكبير أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن، سنن الدرامي، باب النهي عن الخطبة الرجل على خطبة أخيه، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، المجلد الثاني، الجزء الثاني، ص١٥٣.

[٢] سورة البقرة، الآية ٦٣٥.

[٣] الإمام الحافظ ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، مكتبة المعارف بيروت، الجزء الرابع، ص٣٠٣.

[٤] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر مكتبة الخانجي، الجزء الثاني، ص٠٣.

[٥] د. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨، ص٤٤، ٤٥. وقصة خطبة عائشة رضي الله عنها أخرجها البخاري في النكاح باب تزويج الصغار من الكبار من حديث عروة بن الزبير رضي الله عنه أن النبي=

والخطبة من حيث طبيعتها وعد لإنشاء عقد الزواج، ومن ثم ليست لها قوة الإلـزام ولواقترنت بمظاهر أخرى كقراءة الفاتحة وتقديم بعض الهدايا ودفع المهر. ويترتب عن ذلك جواز العدول عنها لأنها غير ملزمة على الإطلاق، ولهذا قال الفقهاء" الجواز الشرعي ينفي الضمان"، فلو عدل الخاطب عن الخطبة فلا مسئولية عليه، مالم يتعسف في اسـتعمال هـذا الحق[1].

إلا أنه ينبغي الاشارة إلى أن الخطبة وإن كانت وعد بإبرام عقد الزواج، فـلا تطبـق عليها أحكام المادة ٧١- ٧٦ من القانون المدني[2]، فهي وعد ذو طبيعة خاصة مـن حيـث الشروط، ومن حيث الآثار[3]. فهي ليست عقدا ملزما، كما أن مجرد العدول عنها لا يكـون سببا موجبا للتعويض، مالم يقترن العدول بأفعال أخرى، فيكون سبب التعويض هو المسئولية التقصيرية.

==عليه الصلاةوالسلام خطب عائشة من أبي بكر فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوك؛ فقال له:" أنت أخـي في دين الله وكتابه وهي حلال لي".

[1] وقد ذكر أن مسألة التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة تحتاج إلى أساس قانوني غير الخطبة حيث وجدت عدة نظريات: منها نظرية المسؤولية العقدية عند من قال بعقدية الخطبة وهو ما يستبعد لأنها غير ملزمة للواعد أوالموعود له، وقيل بنظرية المسؤولية التقصيرية كون أن أضرار العدول لها علاقة سببية بخطأ العادل ومن ثم وجب على القاضي الحكم بالتعويض عن كل فسخ للخطبة، وهو ما يستبعده البعض كون أن الخاطب العادل لم يرتكب خطأ وإنما مارس حقا خوله له القانون، وقيل بأن مـسألة الأضـرار الناتجة عن واقعة العدول والفسخ للخطبة هي إحدى تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، بحيـث يعتبرها الرأي الراجح في الفقه والقانون المعيار الوحيد الذي يجب أن يعتمد عليه القاضي كأساس موجب للحكم بالتعويض وفقا لسلطته التقديرية وفقا لظروف الحال. عيسى حداد، عقد الزواج دراسـة مقارنـة، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، ٢٠٠٦، ص ٢٠، ٢٢.

[2] تنص المادة ٧١ من القانون المدني على أنه" الاتفاق الذي يعدله كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المشاكل الجوهرية المراد إبرامه والمـدة التـي يجـب إبرامه فيها...". و تنص المادة ٧٦ من القانون المدني على أنه " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلـى الأصـيل أو خلفائه".

[3] د. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط١، ٢٠٠٥، ص ٢٠، ٢١.

الفرع الثاني

اقتران الخطبة بالفاتحة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

تعد مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة من بين المسائل التي ثار فيها الخلاف بين الفقه والقضاء[1]، وهو ما يستلزم مناقشة هذه المسألة، في ظل قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤-١١، ليعقبه بعد ذلك دراستها في القانون المعدل بموجب الأمر ٠٥-٠٢.

أولا: اقتران الخطبة بالفاتحة في قانون الأسرة رقم ٨٤-١١

لم يجزم قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ في تكييف مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة، فقد جاءت نصوصه متناقضة مع بعضها. فنصت المادة ٠٦ على أنه " يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة ٠٥ أعلاه ".

يتضح لنا من خلال هذا النص أن الفاتحة يمكن أن تكون منفصلة عن الخطبة، فقد تتلى في مجلس الخطبة، أو أن تأخر عنه، على أن يكون ذلك قبل إبرام عقد الزواج[2]، وهو ما يمكن معه القول بأن اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا. وعلى النقيض من ذلك فإن المادة ٢٢ من القانون نفسه نصت على أن " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذ توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية "، وهو ما يوحي بأن اقتران الخطبة بالفاتحة يعد زواجا.

هذا التناقض انعكس سلبا على الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث هناك تعارض في ما يعد خطبة وما يعد زواجا، علما أن مسألة إثبات الزواج الشرعي خاضعة للسلطة

---

[1] ذلك أن مسألة إثبات الزواج بالفاتحة أو نفيه لكونه مجرد خطبة تخضع لتقدير قضاة الموضوع، ولما كان من المقرر أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها تصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واكبها تحديد شروطه وتحقق أركانه ومن ثم فان القضاء بما يحقق مع هذا المبدأ يعد قضاء

صحيحا" ينظر المجلة القضائية، عدد١، سنة ١٩٩٠، ص ٦٧، ود. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر ٠٥-٠٢ معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا من ١٩٦٦، ٢٠٠٦، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ص ٢٨.

[2] د. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (في الزواج والطلاق)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزء الأول، الجزائر، عام ١٩٨٦، ص ٦٨.

التقديرية للقاضي، ومن ثم فقد أرجعت المحكمة العليا في أحد **قراراتها الشهيرة** سبب هـذا التعارض والتناقض في الأحكام، وذلك لأن قضاة الموضوع أخلطوا بين الخطبة والزواج ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو خطبة على معنـى المادة ٠٥ من قانون الأسرة أم هو مجلس العقد على معنى المادة ٠٩ من قانون الأسرة.."[1].

وكذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا الذي ينص على أنه " من المقرر قانونـا أن تقترن في قضية الحال أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد وأنـه تـم اقتـران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها، وأن قضاة المجلس بقضائهم بإلغـاء حكـم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

هذا التناقض في الاجتهادات القضائية فيما يخص مسألة اقتران الخطبـة بالفاتحـة استدعى تدخلا تشريعيا.

ثانيا: اقتران الخطبة بالفاتحة طبقا للقانون المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢

لقد حرص التعديل الجديد على وضع حدّ لخلاف طال أمده حـول مـسألة اقتـران الخطبة بالفاتحة حيث جاء في المادة ٠٦ المعدلة[3]، على أنه " إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا

---

[1] ومضمون هذا القرار الشهير كما يلي:" من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها؛ ولصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا الـزوجين وولـي وشـاهدين وصداق، ولما كان في قضية الحال أن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم أكدوا حضورهم لوليمة الخطبة وتمت قراءة الفاتحة وعلموا أن هذا الحفل يخص الطرفين، غير أن قضاة الموضوع أخلطوا بين الخطبة والزواج.... مما

عرض قرارهم للقصور في التسبيب ومخالفة المادة ٠٩ من قانون الأسرة مما يستوجب نقـض القـرار المطعون" ينظر المجلة القضائية، عدد٣؛ سنة ١٩٩٤، ص٣٠، د. بلحاج العربي، المرجع السابق- قانون الأسرة مع تعديلات الأمر ٠٥-٠٢، ص ٣٧.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٤/٠٤/١٩٩٢، ملـف رقـم ٨١٨٧٧، إجتهـاد قضائي غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ٢٠٠١، ص٣٣.

[3] جاء في عرض أسباب المادة ٦ معدلة انه تم التأكيد على أن الفاتحة التي تقترن بالخطبة لا تعتبر زواجـا مالم تقترن بركن الرضا وشروط عقد الزواج بمجلس العقد وهو تكريس للاجتهاد القـضائي للمحكمـة العليا.

يعد زواجا. غير ان اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا ومتى تـوافر ركـن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة ٠٩ مكرر من هذا القانون".

فإذا اقترنت الفاتحة بالخطبة ضمن مجلس العقد، وتوفر ركن الرضا، وكذا شـروط عقد الزواج المنصوص عليها في ٠٩ مكرر كانت الفاتحة قرينة عن الزواج الشرعي.

وجدير بالملاحظة أنه حتى في ظل قانون ٨٤-١١ اتجهت المحكة العليا في بعض قراراتهـا إلى اعتبار اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواجا صحيحا متى توافرت أركانه[1].

وفي ظل التعديل الجديد أصبح الأمر واضحا بين ما يعد زواجا وبـين مـا لا يعـد كذلك، والضابط في ذلك اقتران الفاتحة بتحقق أركان وشروط عقد الزواج.

الفرع الثالث

العدول عن الخطبة وآثارها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

باعتبار أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد ذهبا إلى تكييف الخطبة على أنهـا وعد بالزواج فقد أجاز العدول عنها ورتب لها آثارا للطرف المتضرر بالتعويض.

أولا: حكم العدول عن الخطبة

يتفق كل من الفقه والقانون على أن الخطبة ليست عقدا وإنما وعد بعقد، وليس للوعد بعقد قوة الالزام، خلافا للمالكية في بعض أقوالهم[2]، ومادمت الخطبة كذلك فإن عدول أحـد الخاطبين، إنما هو استعماله لحقه الشرعي، مالم يكن متعسفا في ذلك.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٥/٠٤/٠٤، ملف رقم ١١١٨٧٦ قضية (ع، م) ضد (ع، ق) " إن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمـادة ٠٩ من قانون الأسرة . ومتى تبين – في قضية الحال- أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبـر وعـدا بالزواج طبقا للمادة ٠٥ من قانون الأسرة، وإنما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقـد بحـضور الشهود والولي وتحديد الصداق وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة ٠٩ من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة لشهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوا اخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيـه." الاجتهـاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ٢٠٠١، ص ٣٦.

[2] الوعد عند مالك رضي عنه، فيه أربعة أقوال. أولا: أنه لا إلزام فيه، ولا يقضي بمقتضاه بشيء، سـواء أكان الوعد سببا للدخول في شيء ترتبت عليه التزامات مغارم أو لم يكن. ثانيـا: أن الوعـد ملـزم،=

فقد أجاز الفقه الاسلامي لكل من الطرفين حق العدول – باستثناء بعض أقوال المالكية – وإن كان الوفاء بالوعد مطلوبا ومستحبا عملا بقوله تعالى " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا "[1]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم قال " آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان"[2]. فخطورة عقد الزواج كما يقول د. **فتحي الدر يني** هي التي اقتضت أن تكون الخطبة غير ملزمة ضمانا للحرية الكاملة في إبرامه[3]. كما يقول " **ابن قدامة**" ولا يكره للولي الرجوع إذا رأى لها مصلحة في ذلك ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهتْ الخاطب لأنه عقد عمري يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها"[4]. وفي ذات السياق نصت عليه المادة ٠٥ من قانون الأسرة رقم ٠٥-٠٢ المعدل والمتمم للقانون رقم ٨٤-١١ على أن " الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ".

حيث يتضح من نص المادة أنه يصح لكل من الطرفين أن يعدل عن خطبة بإرادته المنفردة دون الرجوع للطرف الثاني، وذلك لأن عقد الزواج عقد رضائي وليس عقد إذعان، وإن المحكمة التي تحكم بإلزام الطرف المتراجع بالإبقاء على الخطبة أو الفاتحة المنعدمة ركن الرضاء وإجباره على متابعة إتمام إجراءات عقد الزواج، فإنها تكون دمرت أهم ركن لإبرام عقد الزواج، وتكون قد خرقت أحكام الشريعة والقانون[5].

=ويقضى به في كل الأحوال، وهذا مقابل القول الأول. ثالثا: أنه يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سببا لأمر يستطيع من بذل له الوعد القيام به بدون تحقيق الوعد، كمن يعد شخصا بأن يعطيه مقدارا من المال ليسدد ما عليه من دين فإنه يقضى بالوفاء، لأن المدين والدائن كلاهما اعتمد على بذل الوعد. رابعا: أنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سببا للتصرف ودخل من بذل الوعد له في التصرف بسبب ذلك الوعد كمن يقول لشخص: اشتر هذه الأرض، وأنا أدفع تكاليف البناء، فإنه يجب الوفاء إذا اشترى. الإمام محمد أبو زهرة، نقلا عن" الالتزامات للحطاب"، المرجع السابق- الأحوال الشخصية – ص ٣٦.

[1] سورة الإسراء، الآية ٣٤.

[2] الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح الجامع الصحيح للبخاري من رواية أبي ذر الهروي، عن مشايخه الثلاثة: الكشميهني والمستملي والسرخسي، تقديم وتحقيق وتعليق، عبد القادر شيبة الحمد، طبع على نفقة صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبد العزيز آل سعود مكتبة الملك فهد الوطنية ١٤٢١ه، ٢٠٠١، كتاب الأيمان، الجزء الأول، الحديث ٣٣- أطرافه في: ٦٠٩٥،٢٧٤٩،٢٦٨٢، ص١١١.

[3] د. فتحي الدريني، المرجع السابق- دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، الجزء الثاني – ص٧٣٠، د. نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق- أحكام الخطبة – ص٣٤.

[4] ابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء السابع، ص٥٢٤.

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دارهمومة ٢٠٠٥، ص ١٨.

أخذا بطبيعة الخطبة – وعد بالزواج – فإن العدول عنها لا يرتب أثرا معتبـــرا، لأن الذي يعدل عن الخطبة إنما يستعمل حقه المشروع، ومع ذلك يمكن القول أن العـــدول عـــن الخطبة قد ينتج عنه بعض الاشكالات خصوصا إذا اقترنت الخطبة بدفع المهر جزئه أو كله، أو تقديم هدايا، أو أن أحد الخاطبين لحقه ضرر من جراء العدول.

١ـ حكم المهر في حالة العدول

من الثابت أن المهر أو الصداق مرتبط بعقد الزواج، إلا أن الخاطب قد يبادر بدفعـــه في فترة الخطبة سعيا منه لإبراز نيته واستعداده لإبرام عقد الزواج. غيرأنـــه إذا تـــم فـــسخ الخطبة بطلب من أحد الطرفين، أو اتفاقهما معا، يثار التساؤل حول مصير ما تم دفعه مـــن صداق ومدى حق الخاطب في استرداده.

أ– **في الفقه الاسلامي:** للخاطب استرداد ما دفعه من المهر وذلك بأخذ عينه إن كان قائمـــا، وإن كان قد هلك أو استهلك، استرد مثله إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميـــا[١]، لأن دفـــع الصداق من آثار عقد الزواج، فإذا لم يوجد العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحق المـــرأة منه شيئا، أيا كان سبب العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة[٢]، وهذا ما أشـــار إليه " **ابن عابدين** " من الحنفية " إذا خطب رجل امرأة وبعث إليها أشياء، ولم يزوجها أبوها، فما بعث على أنه مهر يسترد عينه، وإذا تغير بالاستعمال، فإن لم يتمكن من رد عينه، تـــرد قيمته لأنه معاوضة عن حق استمتاع بالبضع، ولم تتم المعاوضة فجاز الاسترداد. **وشرح ابن عابدين ذلك فقال**" أنه ما بعث للمهر، أي مما اتفقا على أنه من المهر قيد في عينه، أي يسترد عينه، وإن تغير في الاستعمال، ولأنه سلط عليه من قبل المالك، فلا يلزم في مقابلة ما انتقص باستعماله شيء، فإذا لم يسترد عينه استرد قيمته، أو بدله ليشمل المثلّى، لأنه في معنى الهبة، إلا المانع من موانع الرجوع فيها كالهلاك والاستهلاك، فهو مانع من الرجوع كما لـــو كـــان ثوبا فصبغته أو خاطته أو لبسته"[٣].

---

[١] د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٥، ٢٠٠٧، الجزء الأول، ص ٥٣.

[٢] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، الجزء السابع، ص ٢٦.

[٣] الشيخ ابن عابدين، رد المختار على در المختار، المطبعة الأميرية بولاق ١٣٢٣هـــ، الجزء الثاني، ص ٣٧٤.

ب- **في قانون الأسرة الجزائري:** لم يتضمن القانون الجزائري نصا صريحا فيما يتعلق بمسألة المهر المقدم خلال فترة الخطبة وقبل انعقاد العقد[1]، سواء في قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ أو حتى بعد التعديل، مثله مثل القانون التونسي. على عكس القانون المغربي في المادة ٠٩ من التعديل الأخير[2]، حيث يرى أن للخاطب حق استرداد ما قدمه الخاطب من الصداق في حال العدول عن الخطبة، أو استرداد قيمته أو مثله في حال الهلاك والاستهلاك، لأنه دفعه لغاية الزواج، فلما تعذرت الغاية استحق استرداد الوسيلة لأن المهر إنما يتشطر وجوبه بالعقد، ويكمل بالدخول فلا تستحق المرأة شيئا منه دون العقد والدخول سواء صدر العدول من الطرفين أو من أحدهما[3].

إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة ١٥ من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:" يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، يمكن القول أن الصداق باعتباره من مستلزمات العقد، فعلى المخطوبة رده لأن العقد لم يتم، وحتى لو تم العقد ولكن حدثت الفرقة قبل الدخول لم يكن لها الحق إلا في نصف الصداق أخذا بالمادة ١٦ من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عن الطلاق قبل الدخول". وذلك لأن وجوب الصداق بالعقد على أساس المعاوضة أي أن الصداق دفع لغرض معين ولم يتم هذا الغرض وهو الزواج، ووجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج[4].

ويرى بعض الباحثين القانونين في الجزائر من بينهم " **د. محمد محدة** " أنه يجب التفريق بين ما إذا كان العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة[5]، عملا بالمذهب المالكي، فإذا كان العدول من الخاطب فعليه تحمل تبعات المهر، أما إذا كان العدول من

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق- قانون الأسرة في ثوبه الجديد - ص ٢٠.

[2] تنص المادة ٠٩ من مدونة الأسرة " إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه، وحدوث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه. إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه".

[3] عبد الله السوسي التناني، مدونة الأسرة المغربية في إطار المذهب المالكي وأدلته، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، ط١، عام ٢٠٠٥، ص ٤٩.

[4] د. بلحاج العربي، المرجع السابق- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - ص ٥٣.

[5] د. نصر سليمان و سعاد سطحي، المرجع السابق - أحكام الخطبة - ص ٢٦.

المخطوبة فعليها ان تعيد المهر كما هو، ولا يجبر الخاطب على تقبل الأشياء التي حول عليها ما قدمه من صداق.

٢ـ حكم الهدايا في حالة العدول.

أ- **في الفقه الاسلامي:** هناك آراء فقهية كثيرة أغلبها متفق على وجـوب رد الهـدايا، وإن اختلفوا في التفاصيل. فأما **الحنفية** فقد اعتبروا أن هدايا الخطبة من قبيل الهبة وتسري عليها الأحكام الخاصة بالهبة، فيجوز الرجوع فيها إلا لمانع من موانع الرجـوع كالاسـتهلاك أو الهلاك والفساد، وهذا بغض النظر عما إذا كان الرجوع بسببه أم بسببها.

ومن هنا فإن الهديا إن كانت قائمة في ملك المهدي إليه بعينها ولم يتصرّف فيها بما يخرجها عن ملكه، فإن للمهدي الرجوع فيها واستردادها. أما لو تغيرت حالتها كـالثوب إذا خيط أو صبغ أو استهلك كالطعام...فليس له استرداه، ولا طلب القيمة أو المثل[1]، فحسـب رأيهم أن ما أهداه الخاطب لمخطوبته له الحق في استرداده، إذا كان قائما على حالته، فإن لم يكن كذلك فليس له الحق في استرداد ما أهداه أو استرداد بدله منه.

أما **المالكية** فإنهم يفرقون بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطـب أو مـن جهـة المخطوبة، فلا يرجع الخاطب بشيء مما أهداه لمخطوبته إن كان فسخ الخطوبة والرجـوع عنها من جهته، حتى ولو كانت الهدايا قائمة بين يديها، إلا إذا وجد شرط بينهما ينص علـى إعادة ما أخذته منه، أو كان هناك عرف قائم تعارف عليه الناس عليه، فيحتكم عندئـذ إلـى الشرط أو العرف؛ لأن العرف في حكم الشرط؛ إذ(المعروف عرفـا كالمـشروط شـرطاً). وإذا عدلت المخطوبة فللخاطب أن يرجع عليها بما أهداه لها؛ لأنه في نظير شيء لم يتم.

وهذا التفصيل هو الأوجه والأعدل حتى لا يجمع على الطرف المهدى إليه بين ألم العـدول وألم الاسترداد إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة، ولا يجمع على المُهدي ألـم العـدول والغرم المالي إن كان العدول من الجانب الآخر[2].

---

(١) ابن عابدين، المرجع السابق – رد المختار على در المختار، الجزء الثاني – ص ٣٧٥ ومابعدها....

(٢) الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، طبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء الثاني، ص٢٢٠. الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق- الأحوال الشخصية – ص ٤٠. فاسترداد الهدية هنا مستثنى من النهي العامّ عن الرجوع في الهبة أو العطية، وذلك لما عن ابن عباس رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه" رواه البخاري في كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، الجزء الخامس، ص٢٧٧، الحديث رقم ٢٦٢١.

أما **الشافعية وبعض الحنابلة**: فإنهم يرون انه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه ولو كان موجودا في يد المخطوبة وإن كان العدول من جانبها، لأن الهدية تأخذ حكم الهبة عندهم وهي مما لا يجوز الرجوع فيه إلا ما وهبه الوالد لولده[1].

وأما **الحنابلة** فيرون أن الخاطب إنما يتبرع بالهدايا ليتقرب من مخطوبته وذلك لأن الإهداء على أساس تمام الزواج، فإذا زال السبب الذي حمل على الإهداء كان له الاسترداد.

ومن هنا يمكن القول بأن الحنابلة يوافقون ما ذهب إليه فقهاء المالكية في مسألة الهدايا في حالة العدول عن الخطبة.

ويظهر لنا أن القول الأرجح هو قول الذي يفرق بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، فإذا كان العدول من جانبه فليس له أن يسترد شيء مما أهداه حتى ولو كان قائما، أما إذا كان العدول من جانبها فعليها أن ترد الهدايا إذا كانت قائمة أو قيمتها إذا كانت هالكة أو مستهلكة، وذلك حتى لا يجمع على الخاطب ألمان ألم العدول والغرم المالي، وهو أعدل بلا ريب إن شاء الله.

ب- في قانون الأسرة الجزائري

- **في قانون الأسرة رقم ٨٤-١١**: نصت المادة ٠٥ فقرة (٣، ٤) على أنه " لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد مالم يستهلك".

مما سبق يظهر أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي فيما يخص حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة، إلا أن عبارة يستهلك فقد خالفته ونحت نحو المذهب الحنفي، وهذا ما أورده المشرع في المادة ٠٥ في فقرتين (٣ ،٤) والتي تنص "...لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد مالم يستهلك". وذلك لأن المالكية ينصون على أنه إذا كان العدول من المخطوبة فإنها ترد جميع الهدايا ولو المستهلكة برد مثلها أو قيمتها، أما الحنفية فلا يفرقون بينما إذا كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة، فترد هدايا الخطبة عندهم القائمة منها دون المستهلكة.

---

[1] الإمام النووي، المجموع شرح المهذب، طبعة دار الفكر، الجزء السادس عشر، ص ٣٢٩. وأيضا البهوتي ، شرح منتهي الإرادات، طبعة عالم الكتب، ط١، ١٤١٤ه، ١٩٩٣ م، الجزء الثالث، ص٥١٢ وما بعدها.

ومن نص المادة السالفة الذكر نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول بناءا على إرادة الخاطب، والحالة التي يكون فيها العدول بإرادة المخطوبة، وقرر أنه إذا كان العدول من الخاطب فلا حق له في طلب استرداد الهدايا التي قدمها إلى مخطوبته، سواء استهلكت أو لم تستهلك. أما إذا كان العدول من المخطوبة فإنه يجب عليها رد كل ما أخذته من هدايا تكون ماتزال قائمة عينا مالم تستهلك، أما ما تكون قد استهلكته فلا يجب عليها ردها ولا يحق للخاطب طلب ردها، وهذا الحكم قد اعتمدته المحكمة العليا في كثير من قراراتها[1]. ولكن ما يلاحظ هنا أنه إذا كان قانون الأسرة الجزائري قد تحدث عن حكم الهدايا التي يكون الخاطب قدمها إلى خطيبته ثم وقع عدول عن الخطبة منه أو منها، فإنه قد أغفل أن يتكلم عن حكم الهدايا التي تقدمها المخطوبة إلى خطيبها ثم يقع العدول عن الخطبة من المخطوبة أو من الخاطب. ويرى الدكتور" **محمد محدة**" بأن الفقرتين (٣، ٤) من المادة السابقة من قانون ٨٤-١١ في حاجة إلى تعديل حيث قال " فإننا نرى بأن ما قررته المادة الخامسة في فقرتيها الثالثة والرابعة في مسيس الحاجة إلى تعديل وذلك بربط الحق في استرجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول ذاته، مع منح القضاء تحديد ذلك السبب، وهذا لأن بعض الأشخاص يلجئون إلى وضع شروط غير منطقية أحيانا لجعل الطرف الآخر يعدل عن الخطبة ويحتفظون بالهدايا "، وعليه يرى الدكتور بأن تصبح نص الفقرتين كالآتي

" لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان سبب العدول منه، وإن كان سبب العدول من المخطوبة فعليها رد مالم يستهلك"[2].

- **في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ :**

لقد حاول المشرع من خلال هذا التعديل تدارك الفراغ القانوني الذي كان سائدا في مسألة الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب ثم يقع عدول، فنصت المادة ٠٥ من التعديل الجديد على أنه "..لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كانالعدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من هدايا أو قيمته"[3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٩/٠٣/١٦، ملف رقم ٢١٩٣١٣، الاجتهاد القضائي غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص ٣٩.

[2] د. نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع السابق- أحكام الخطبة - ص ٣٩.

[3] جاء في عرض أسباب المادة ٠٥ المعدلة بأنه قد أعيد ترتيب أحكام الخطبة بالفصل بين تعريفها وحق العدول عنها، مع توضيح آثار العدول عن الخطبة بصورة أدق سواء كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة.

ومن هنا يمكننا القول بأن المشرع الجزائري في التعديل الأخير قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول أو التراجع عن الخطبة من جانب الخاطب، وكان قبل ذلك قد أهدى إلى مخطوبته بعض الهدايا، فإنه لا حق له في طلب إرجاع ما أهداها إياه إذا كان من الأشياء التي لا تستهلك، وإن كانت من الأشياء المستهلكة فعليه أن يرد إليها قيمتها[1]. أما إذا كان العدول أو التخلي عن الخطبة قد حصل من جانب المخطوبة نفسها فعليها فقط أن ترد إلى الخاطب ما لم يستهلك مما كان قد أهداها، وهذا ما أخذ به المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية في تعديله الأخير في مادته الثامنة[2]، وكذلك التشريع التونسي في الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية مع اختلاف بسيط في التعبير.

وكذلك ما أخذ به المشرع المصري في مادته ١٨ في فقرتها الثانية من قانون ١٩٥٦ حيث نصت"... وللمهدي أن يرجع بما قدمه من هدايا عينا أو قيمتها نقدا أو وقت الشراء إذا هلكت أو استهلكت، وذلك إذا كان العدول من جانب الطرف الآخر وليس له أن يسترد شيئا إذا كان العدول من جانبه"[3].

وخلاصة القول فالعدول عن الخطبة حق لكل من الطرفين لكن لا يجوز استعماله بطريقة تعسفية، والخطبة التزام لا يجب نقضه دون سبب موجب لذلك شرعا، وكل ضرر موجب للضمان وكل ضرر يلزم من تسبب فيه بالتعويض كمبدأ عادل يقره العقل والشرع فأقره القانون تبعا لكل ذلك[4]، ومع ذلك فقد أغفل المشرع الجزائري هذا المبدأ بحيث لم يفرق بين ما إذا كان العدول عن الخطبة بسبب من أحد الطرفين يمكن أن يكون عدولا اضطراريا كأن يكتشف احدهما عيبا أو نقصا أو مرضا في جانب الطرف الآخر، ومن جهة أخرى لم يفرق بين ما إذا كانت الهدايا مقدمة من أهل وأقارب الخطيب إلى المخطوبة، ولا بين الهدايا المقدمة من أهل وأقارب المخطوبة إلى الخاطب، وهذا يجعلنا نقول أن مثل هذه الهدايا تأخذ أحكام الهبة[5].

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق– قانون الأسرة في ثوبه الجديد – ص ١٩.

[2] المادة ٠٨ من مدونة الأسرة المغربية" لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا مالم يكن العدول عن الخطبة من قبله، ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال".

[3] د. رمضان الشرنباصي، المرجع السابق– أحكام الأسرة – ص ٣١.

[4] بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الاعلامية، موسوعة الفكر القانوني، ص ٦٥.

[5] د. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط٢، ١٩٩٤، الجزء الأول، ص٦٥.

ففي الواقع الجزائري فإن العدول عن الخطبة لا يتم بدون سبب إلا نادرا، فغالبا ما يقترن العدول بسبب كعدم احتمال أهل الخاطب لشروط أهل الخطيبة من مسكن منفرد و مهر مرتفع أو إطالة الخاطب في مدة الخطوبة لسنوات مما يضطر أهل الخطيبة إلى العدول... أو أن المخطوبة ترفض العيش مع حماتها... وهكذا.

ومن ثم كان على المشرع التحري عن سبب العدول قبل البحث عمن أعلن العدول أولا، لأنه أحيانا نجد الراغب في العدول يملي شروطا صعبة التحقيق تضطر الطرف الآخر إلى الانسحاب والعدول، وغالبا ما تكون هذه الشروط مفتعلة ليستأثر لنفسه بالهدايا. وحسنا فعل المشرع عندما استعمل لفظتي الخاطب والمخطوبة في المادة ٠٥، و لم يقل الزوج أو الزوجة، ذلك لأنه بعد العقد يصبحان زوجا و زوجة، وهنا لا نتكلم عن الهدايا بل على الصداق، فلو طلقت الممنوحة هدايا وصداقا قبل الدخول، فلا كلام عن الهدايا ولو عظمت قيمتها، بل لها زيادة على ذلك نصف الصداق إن كان مقدرًا، و سميت بذلك مطلقة لا معدولا عنها، وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بأنه " من المقرر شرعا أنه لا رجوع للهدايا إذا كان فسخ الخطوبة من الخاطب بعدما تحقق أنه أصبح عاجزا جسميا على الزواج على إثر حادث مرور أفقده قدرة ممارسة العلاقات الجنسية. حيث أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الزوجة لها الحق في نصف صداقها إذا طلقت قبل البناء بها و ذلك بدون شروط، كما أنها قررت بأن الزوج الذي قدّم لزوجته شيئا و سماه هدية لا يسوغ له أخذه منها بأي وجه كان إلا إذا أصدر فسخ عقدة نكاحهما كذلك قبل البناء بها فيرد له ما يبقى من تلك الهدية"[1].

ثالثا: التعويض الضرر

من معلوم فقها وقضاءا أن الخطبة وعد بالزواج، والوعد لا يلزم به الوفاء قضاء عند أغلب الفقهاء، فيجوز لطرفي الخطبة الحق في العدول متى شاء، والقاعدة المقررة في الشرع والقانون" أنه لا ضمان في استعمال الحق".

ولا شك أن العدول عن الخطبة له ضرر مادي ومعنوي ونفسي بالنسبة لطرف آخر الذي لم يعدل، فقد ينال المرأة ضرر بسبب عدول الرجل، لأنها أعدت الجهاز مثلا أوتـرك وظيفة أو تفويت خاطب آخر، أو الإساءة لسمعتها بمجرد العدول عن الخطبة طال أمدها، فما حكم التعويض عن هذه الأضرار المترتبة عن العدول فقها وقانونا؟.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتـاريخ ١٩٨٥/١٢/٣٠، ملـف رقـم ٣٩٢٨٩،(غيـر منشور)، انظر بلحاج العربي، المرجع السابق- قانون الأسرة مع تعديلات الأمر ٠٥-٠٢ - ص٣٥.

١ـ في الفقه الاسلامي

لم يتعرض الفقهاء القدامى إلى مسألة الأضرار والتعويض عنها لأسباب عدة أهمها- قوة الوازع الديني وإتباع الإجراءات التي حددتها الشريعة الإسلامية[١]، ويمكن إقراره في فقه الحديث عملا بقواعد الشريعة العامة، أمثال تحريم التغرير وإيجابه الضمان، وقاعدة " لا ضرر ولا ضرار"، وما يترتب عليها من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذ بها المالكية والحنابلة، وراعاها أبو حنيفة في حقوق العلو والجوار[٢].

فإذا كان لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة وذلك إذا أجبر مخطوبته على ترك دراستها أو وظيفتها فتركها بناءا على رغبته أو إذا طلبت المخطوبة منزلا خاصا للسكن بعيدا عن أهل الزوج فأعده ثم حصل العدول ففي هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر.

أما إذا لم يكن لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب العدول فهنا لا يجوز الحكم بالتعويض على من عدل عن الخطبة، وذلك لعدم وجود سبب لضمان أو التغرير[٣]، ولكن كثرة العدول عن الخطبة أمر وارد في حياة الناس مسببا لهم أضرار كثيرة مما جعل الفقهاء يتصدون لهذه المشكلة، ومنهم " محمد محدة" الذي يرى أنه لا تعويض في حالة العدول، لأنها ليست بعقد بل وعد بعقد، في حين يرى " الشيخ محمد شلتوت" بأن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر[٤]، وقد حقق الشيخ "محمد أبو زهرة في المسألة " فيرى أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض، لأنه حق؛ والحق لا يترتب عليه التعويض، إلا أنه يرى أن الضرر الذي ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول فهنا يجوز فيه التعويض، والضرر ينشأ عن مجرد الخطبة، والعدول من غير عمل من جانب العادل فهذا لا تعويض فيه، إذ الأول كان تغريرا والتغرير يوجب الضمان، كما هو مقرر في الفقه الحنفي وغيره في قضايا العقل والمنطق.

---

[١] يقول عبد الفتاح تقية" فيما يخص الضرر المعنوي الذي يلحق المخطوبة يكون نتيجة تصرفات غير مشروعة منهي عنها أصلا. لذا فلا يعقل أن تنهي الشريعة الإسلامية عن شيء ثم تعطي من يفعل ذلك تعويضا للمتضرر منه إذا ما يلحقه ضرر نتيجة المخالفة".

[٢] د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق – الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع – ص ٢٧.

[٣] د. بلحاج العربي، المرجع السابق– الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري– ص ٥٦.

[٤] د. عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط ١٩٩٤، ص ٢٨، ٢٩.

٢ـ في قانون الأسرة الجزائري

لقد عالج المشرع الجزائري مسألة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول في المادة الخامسة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة التي تنصب" إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو ضرر معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"، فنلاحظ أن القانون حكم بالحق في التعويض إذا ترتب عن العدول عن الخطبة أضرار[١]، إلا أنه لم يبين نوع التعويض وترك ذلك لتقدير القاضي، غير أن التعويض لا يكون على أساس المسئولية العقدية، وإنما يكون على أساس المسئولية التقصيرية وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدني[٢]، وقد قال "**السنهوري**" وهو يتكلم عن المسئولية في استعمال الحق، أن القضاء في مصر انتهى إلى المبادئ الآتية:

- الخطبة ليست بعقد ملزم.

- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى، ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية[٣].

ومن هنا يمكن القول أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري يتفق مع روح الشريعة الإسلامية التي قررت أنه " **لا ضرر ولا ضرار**" ولأن الضرر يزال شرعا وهو ما يتفق مع مبدأ إساءة استعمال الحق[٤]، فيكون التعويض في الحقيقة ليس عن مجرد العدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر لكل من الطرفين، وإنما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبة العدول أو سبقته.

---

[١] د. نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع السابق- أحكام الخطبة - ص ٤٧.

[٢] المادة ١٢٤ من القانون المدني الجزائري" كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، الجزء الأول، ص ٨٣٠.

[٤] المادة ٤١ فقرة الأولى من القانون المدني" يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية- إذ وقع بقصد الإضرار بالغير...".

وبالرجوع إلى القضاء نجد المحكمة العليا في قرار لها تؤكد على حق المتضرر من العدول عن الخطبة في الحصول على تعويض فجاء فيه أنه: " من المقرر قانونا أن الإقـــرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، و هو حجة قاطعة على المقر. و من المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضـــرر مـــادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض؛ و من ثَمّ فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأ ين يعد خرقا للقانون، و لما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون و متى كان ذلك استوجبَ نقض القرار المطعون فيه"[1].

وهذا ما ذهب إليه القانون المغربي في مادته السابعة[2]، وكـــذلك مجلـــة الأحـــوال الشخصية التونسية مع اختلاف بسيط في المعنى، وما قضت به محكمة الـــنقض المـــصرية" نقض في الطعن رقم ١٣ س ٠٩ قضائية بتاريخ ١٤/ ١٢/ ١٩٣٩[3].

المطلب الثاني
أركان عقد الزواج

الركن ما كان جزءا من حقيقة الشيء " ماهيته "، أو هو ما يتوقف عليه الـــشيء، أو كان جزءا من ماهيته[4]، أو هو ما به قوام الشيء ووجوده، فلا يتحقق إلا به، أو لا بد منه، فلا توجد الماهية الشرعية إلا به.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج، وانعكس هذا الخـــلاف علـــى التشريعات والقوانين العربية بصفة عامة، والقانون الجزائري بصفة خاصة.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ من (٠٩ إلـــى ١٧) نجـــد أن أركان الزواج هي الرضا، الولي، الصداق، الشهود. إلا أن هذا القانون جاء مشوبا بالعديد من

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٨/١٢/٢٥، ملـــف رقـــم ٥٦٠٩٧، المجلـــة قضائية ١٩٩١، عدد ٤، ص ١٠٢.

[2] المادة ٠٧ من مدونة الأسرة المغربية" مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

[3] د. رمضان الشرنباصي، المرجع السابق- أحكام الأسرة - ص ٣٣.

[4] د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق - الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع - ص٣٦.

التناقضات والنقائص، حيث رتب على اختلال هذه الأركان فسخ العقد وهذا في الحقيقة لا ينسجم من الناحية القانونية لأن الفسخ يعني أن العقد مستجمع لجميع أركانه.

وعلى ذلك يمكن القول أنه في ظل قانون ٨٤-١١ كان هناك خلط واضح ما بين فكرة الركن في العقد، وما يعتبر شرطا فيه. وهو ما حاول المشرع الجزائري تداركه من خلال التعديل الجديد في صورة الأمر رقم ٠٥-٠٢، والذي أبقى على ركن وحيد في عقد الزواج وهو الرضا واعتبر الباقي شروطا له، ليضع بذلك حدا فاصلا بين ما يعد ركنا وما يعد شرطا في عقد الزواج.

والحقيقة أن الرضا (الايجاب والقبول) هو العنصر الذاتي في ماهية العقد، وهو ما انتهى إليه الفقه الاسلامي تسانده في ذلك أغلب التشريعات العربية.

الفرع الأول
الرضافي الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في أن الرضا ركن في عقد الزواج، أي أن العقد لا يقوم إلا باقتران الايجاب بالقبول. والإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين، أو من ينوب عنه. أما القبول فهو اللفظ الدال على الرضا الصادر من الطرف الآخر أو من ينوب عنه[1]. وتعدد صور التعبير عن الرضا، وهو ما يصطلح في الفقه الاسلامي بالصيغة، ولا خلاف بين الفقهاء على انعقاد النكاح بلفظ الانكاح والتزويج ومشتقاتهما، إنما يصح النّكاح بإيجاب[2]، وهو زوجتك أو أنكحتك، وقبول بأن يقول الزوج تزوجت أو نكحت أو قبلت نكاحها أو تزويجها[3]، لورودهما في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية. كما في قوله جل جلاله " وانكحوا الأيمى

---

[1] هناك اختلاف بين الفقهاء، حيث يرى الحنفية أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين سواء أكان الزوج أو الزوجة، أما القبول عندهم: هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر. أما الجمهور الفقهاء فيرون أن الإيجاب: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل لأن القبول إنما يكون للإيجاب فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه. والقبول هو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج فإذا قال الرجل للمرأة: زوجيني نفسك، فقالت، قبلت كان الأول عند الحنفية إيجابا، والثاني قبولا، أما عند الجمهور عكس ذلك لأن ولي المرأة هو الذي يملك الزوج حق الاستمتاع، فكلامه هو الإيجاب، والرجل يتملك ذلك، فكلامه هو القبول. د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق - الفقه الإسلامي وأدلته الجزء السابع - ص ٣٧.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، بإشراف مكتب البحوث والدراسات، ط١، الجزء الثاني، ص ٣٤٤. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، الجزء الثاني، ص ٢٢١.

[3] الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الجزء الثالث، ص ١٣٩.

منكم"[1]، وقوله تعالى " فلما قضى زيد منها وطرا زوجنكها "[2].

ولأن الحكم الأصلي للنكاح هو الازدواج، والملك يثبت وسيلة إليه فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج، وهو لفظ التزويج والانكاح لا غير، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث الواهبة " فقد زوجتكها لما معك من القرآن"[3].

أما لفظ البيع والهبة، الصدقة ونحوها، فقد كانت محل خلاف. فالحنفية والمالكية أجازوا عقد النكاح بهذه الألفاظ إن قامت قرينة تدل على الزواج[4]، واستدلوا بقوله تعالى" وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين..."[5].

أما الشافعية والحنابلة فقالوا لا ينعقد الزواج إلا بلفظ النكاح أو التزويج لورودهما في القرآن الكريم، ولا يصح أن ينعقد بغيرهما من الألفاظ، لأن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به. فجاء في **مغني المحتاج** أنه لا ينعقد إلا بلفظ الانكاح والتزويج، واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله "، قالوا وكلمة الله التي أحل بها الفروج في كتابه الكريم لفظ الانكاح والتزويج فقط[6].

---

[1] سورة النور، الآية ٣٢.

[2] سورة الأحزاب، الآية ٣٧.

[3] رواه عن سهل بن سعد عن رسول، أبو محمد، سنن الدرامي، باب ما يجوزان يكون مهرا، المرجع السابق، ص١٤٢، وقد جاء في صحيح الترمذي قوله صلى الله عليه وسلم " فالتمس ولو خاتما من حديد قال فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شيء قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن"، ينظر الامام ابن العربي، المرجع السابق – صحيح الترمذي، الجزء الخامس – ص٣٥.

[4] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٣٤٤. ابن رشد، المرجع السابق، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني – ص٤٠.

[5] سورة الأحزاب الآية ٥٠، وهو الراجح عندهم لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني.

[6] فوجب الوقوف معهما تعبدا واحتياطا لأن النكاح ينزع إلى العبادات لورود الندب فيه والأذكار في العبادات تتلقى من الشرع، والشرع إنما ورد بلفظي التزويج والانكاح، واحتج الشافعية كذلك بقوله تعالى " خالصة لك" جعل النكاح بلفظ الهبة من خصائصه صلى الله عليه وسلم. الشربيني، المرجع السابق – مغني المحتاج، الجزء الثالث – ص١٤٠.

يظهر لنا أن قول الشافعية والحنابلة هو الأرجح، وذلك في انعقاد الزواج بلفظ النكاح أو التزويج لورودهما في القرآن الكريم، أما لفظ البيع والهبة، الصدقة، فلا ينعقد بها النكـاح وإن كان الحنفية والمالكية احتجوا بقوله تعالى " خالصة لك"، فهذه من خصوصيات صلى الله عليه وسلم.

ويشترط في صيغة عقد الزواج أن تكون بلفظين أحدهما للماضي، والآخر للمستقبل، وأن تكون منجزة غير معلقة ولا مضافة إلى المستقبل، فلفظ الماضي كأن يقـول زوجـت، وتزوجت وما شابه ذلك، أما لفظ المستقبل كأن يقول الرجل زوجني بنتـك أو قـال جئتـك لتزوجني بنتك، فقال الأب قد زوجتك[1].

فمن غير لفظي الماضي والمستقبل لا ينعقد العقد، مالم توجد قرينة تدل علـى إرادة إنشاء العقد، فإذا وجدت هذه القرينة صح العقد. فقد قال الحنفية والمالكية بأنه يـصح العقـد بصيغة المضارع إذا وجدت قرينة دالة على قصد إنشاء الزواج في الحال، كأن يقول الرجل للمرأة في مجلس مهيأ لاجراء عقد الزواج، أتزوجك على مهر قدره كذا، فقالت أقبل، فيصح العقد. فوجود مجلس مهيأ لاجراء العقد ينفي إرادة الوعد ويدل على إرادة التنجيز[2].

ويسري الحكم نفسه على الصيغة بلفظ الأمر، فإذا لم توجد قرينة تـدل علـى إرادة إنشاء العقد لم يصح العقد[3] ، أما إذا وجدت فللفقهاء في ذلك رأيان:

رأي الحنفية: الأصل أن العقود لا تنعقد بصيغة الأمر مطلقا، لأن صيغته تـستعمل للطلب، والطلب لا يصح إيجابا ولا قبولا، فإذا قال البائع للمشتري اشتري مني هذا الـشيء بكذا، وقال المشتري اشتريت، فلا ينعقد العقد، لأن البائع ينتظر من المشتري ايجابا. إلا أنـه استثناءا ينعقد الزواج بصيغة الأمر لما يسبقه بحيث العادة من خطبة ولاتفاق علـى المهـر، وهي مقدمات يستدل بها على إرادة الزواج[4].

---

[1] الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٣٤٦.

[2] الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٣٤٦. د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق – الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع – ص ٤١ ، ٤٢ .

[3] عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، القاهرة، ط٤، ١٩٦٣، ص ٥٩؛

[4] كمال بن الهمام، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر ١٣١٧ هـ، الجزء الثـاني، ص ٣٤٤.

أما الجمهور الفقهاء: ينعقد العقد بصيغة الأمر مطلقا متى وجدت قرينة واضحة على إنشاء العقد في الحال[1]، ومثاله في عقد الزواج أن يقول الرجل لوكيل المرأة ادعوا الناس والشهود لعقد الزواج، وزوجني موكلتك بمهر كذا، وقال وكيل المرأة زوجتك، فينعقد العقد تأسيسا على وجود قرينة هي دعوة الناس والشهود لحضور العقد.

وإضافة لما سبق بيانه يشترط في الصيغة أن تكون منجزة غير معلقة ولا مضافة للمستقبل، بأن تكون قاطعة الدلالة على إنشاء العقد في الحال، ذلك أن الحقيقة الشرعية لعقد الزواج لا تحتمل أن يعلق هذا العقد على أمر قد يوجد وربما لا يوجد، أو أن ينشيء العقد ولا ينتج آثاره إلا في المستقبل[2]، وإلى جانب ذلك لا بد من اتحاد مجلس العقد فلو قال الولي: زوجتك ابنتي في مجلس العقد وتأخر القبول إلى مجلس آخر أو مكان آخر لم يصح العقد.

غير أن الفقهاء اختلفوا في توقيت النطق بالقبول في المجلس الواحد فذهب الحنابلة والحنفية إلى أن الفور ليس شرطا مادام المجلس قائما ولم يتشاغلا بما يقطعه[3]، أما الشافعية والمالكية فلا يرون بأساً من الفاصل اليسير الذي لا يقطع الفور عرفاً، فجاء في **بداية المجتهد**" أما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فاجاز مالك التراخي اليسير"[4].

ومن الشروط أيضا أن تكون الصيغة بلفظ التأبيد أو الدوام، فلا يصح نكاح المتعة و لا النكاح المؤقت. فصيغة المتعة أن يقول الرجل أتمتع بك مدة كذا بكذا من المال، وقد قيل أن النبي صلى الله عليه وسلم سكت عنها في بداية الأمر، ثم اثبت قطعيا أنه نهى عنها حتى قيل إنه نهى عنها ست مرات في مناسبات عديدة ليؤكد النسخ والإلغاء، ومنها ما روى مسلم عن سبرة بن معبد الجهني أنه غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فتح المكة فأذن لهم في المتعة ثم نهى عنها، فقال " أيها الناس اني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد

---

[1] أحمد الدر دير، المرجع السابق – الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، الجزء الثالث – ص ٢٠.

[2] ولقد جاء في إعلام الموقعين ما يفيد أنه ورد عن الإمام أحمد جواز تعليق النكاح بشرط، ففيه ما نصه" نص الإمام على جواز تعليق النكاح بشرط"، وهذا هو الصحيح. الإمام أبو زهرة، المرجع السابق – الأحوال الشخصية – ص ٤٦، ٤٧.

[3] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني– ص٣٤٨.

[4] ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني – ص٠٧.

حرم الله ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده شئ منهن فيخل سبيله ولا تأخذوا مما اتيتموهن شيئا"[1].

جاء في **بداية المجتهد** لابن رشد" وأما نكاح المتعة فإنه تواترت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم"، وقال جمهور الصحابة والتابعين إن نكاح المتعة باطل لا ينعقد أصلا بنهي النبي عنه، ولأنه لم يكن زواجا بإجماع علماء المسلمين حتى الشيعة لأنهم لا يرتبون لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث.

أما النكاح المؤقت: فهو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يعقد بها عقد الزواج، ولكن بلفظ يفيد التأقيت بوقت معين محدود طال أو قصر. وقال جمهور الفقهاء أن الزواج المؤقت باطل لأنه من زواج المتعة أو على الأقل هو معناه، ولذا فإن اقتران الصيغة بما يدل على التأقيت يجعلها غير صالحة لإنشاء الزواج[2].

وما يجب الاشارة إليه أن التعبير عن الرضا أو الصيغة قد يكون بعاقد واحد، كما قد يكون بالاشارة أو الكتابة. **فالحنفية قالوا:** ينعقد بعاقد واحد إذا كانت له ولاية من الجانبين، سواء كانت ولايته أصلية كالولاية الثابتة بالملك أوالقرابة، أو ولاية دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة بأن كان العاقد مالكا من الجانبين كالمولى إذا زوج أمته من عبده، أو كان وليا من الجانبين كالجد إذا زوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة، والأخ إذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير، أو كان أصيلا ووليا كابن العم إذا زوج بنت عمه من نفسه، أو كان وكيلا من الجانبين أو رسولا من الجانبين، أو كان وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر، أو وكلت امرأة رجلا ليتزوجها من نفسه، أو وكل رجل امرأة لتزوج نفسها منه[3].

وأجاز الشافعي أن ينعقد الزواج إذا كان وليا من الجانبين كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه[4]، وأما المالكية فقد أجازوا لابن عم ووكيل الولي والحاكم أن يزوج المرأة من

---

[1] انظر فتح الباري، شرح صحيح البخاري، تحقيق محي الدين الخطيب، دار الريان للتراث، القاهرة، ط١، ١٩٨٧، الجزء التاسع، ص ٢٧٠.

[2] الإمام أبو زهرة، المرجع السابق – الأحوال الشخصية – ص ٤٧، ٤٨.

[3] أما زفر قال: لا ينعقد النكاح بعاقد واحد أصلا، الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٣٤٧.

[4] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٣٤٧.

نفسه، واستدل أصحاب انعقاد الزواج بعاقد واحد لما رواه البخاري عن عبد الرحمان بن عوف لأم حكيم " أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم، قال: فقد تزوجتك " وما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل" أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت: نعم فزوج أحدهما صاحبه"[1].

أما فيما يخص انعقاد الزواج بالكتابة والإشارة فقد اتفق **جمهور الفقهاء** إلى عدم انعقاد النكاح بالكتابة مع القدرة على الكلام لأنها قابلة للتحريف والتبديل مع كونها غير ملزمة، فقد ينكرها صاحبها، إذ الأصل في النكاح الإعلان والإشهار، ويكون ذلك بالكلام لا بالكتابة، وذلك لأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة ولا يلجأ للكتابة إلا عند الضرورة، كما أنه لا يمكن لشهود سماع كلام العاقدين في حال الكتابة.

أما في حالة غيبة أحد المتعاقدين فذهب الحنفية إلى انعقاد النكاح بالكتابة بالنسبة للغائب دون الحاضر، وذلك بإرسال رسول، إذا حضر شاهدان عند وصول الكتاب أو الرسول لأن الكتاب من الغائب خطابه[2]، قال الحنفية (الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر)، وذلك مثل أن يكتب الرجل لخطيبته: تزوجتك أو زوجيني نفسك، فقال المرأة في مجلس وصول الكتاب قبلت الزواج بحضور شاهدين صح الزواج لأن سماع الشاهدين (الإيجاب والقبول) شرط لصحة الزواج. أما المالكية والشافعية والحنابلة فقالوا لا ينعقد الزواج بالكتابة في غيبة أحد المتعاقدين لأن الكتابة كناية فلو قال الولي الغائب: زوجتك ابنتي أو قال زوجتها من فلان ثم كتب فبلغه الكتاب أي الخبر، فقال قبلت فلا يصح العقد عندهم[3].

أما الإشارة فينعقد بها العقد من الأخرس وكل من لا يقدر على الكلام بسبب مرض أو خوف أو غيره من الموانع الشرعية، وذلك متى فهم منه المقصود ولا يتوقف عقد هؤلاء على الكلام أو الألفاظ لأنها وسيلة يسقط اعتبارها متى تعذرت أو استحالت استعمالها، والإشارة المعهود من الأخرس تنزل منزلة الكلام وتترتب عليها أحكامها. وفي ذلك يقول **ابن قدامة** " فأما الأخرس فإن فهمت إشارته مع نكاحه بها لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح بإشارته كبيعه وطلاقه ولعانه"[4]، هذا إذا كان أحد المتعاقدين أو كلاهما عاجزين عن

---

[1] د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق – الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع – ص ٤٤.

[2] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٣٤٦.

[3] د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق – الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع – ص ٤٦.

[4] ابن قدامة، المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقي، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، الجزء السادس، ص٥٣٤.

الكلام والكتابة. أما إذا كان أحدهما أو كلاهما عاجزين عن الكلام قادرين على الكتابة طلب منهما التعبير عن إرادتهما بواسطة الكتابة، وذلك لأن الكتابة أقوى في الدلالة على المراد وأبعد عن الاحتمال من الإشارة، فالكتابة أولى من الإشارة لأنها بمنزلة الصريح في الطلاق والإقرار وذلك لأن الفروج لا تستباح إلا بيقين.

الفرع الثاني
الرضا في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة ١٠ من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ".

ما يتضح لنا من نص المادة أنه لا يشترط في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أولا يكون إيجابا والثاني يكون قبولا[١]، كما أن النكاح ينعقد بلفظ الزواج أو بأي لفظ أو عبارة أخرى تؤدي إلى نفس المعنى وتوصل إلى نفس الهدف، أي إذا كان الشخص عاجزا عن الكلام فيلجأ إلى التعبير عن إرادته بوسائل أخرى كالكتابة أو الإشارة.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد لفظا ولا صيغة مخصوصة، وإنما نص أن يكون الرضا بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ومن الناحية القانونية يقتضي الأمر أن تخلف أي ركن من أركان العقد فإنه سيؤدي حتما إلى بطلان العقد، وهذا ما تقضي به النظرية العامة للعقد في النطاق المدني[٢].

أما في القانون المغربي فقد نصت المادة ١٠ من مدونة الأسرة المغربية بقولها " ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين"[٣].

---

[١] د. بلحاج العربي، المرجع السابق – الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص ٦٥.

[٢] والنظرية العامة للعقد تحدد كما هو معلوم ثلاثة أركان أساسية للعقد وهي الرضا والمحل والسبب ولا ينعقد العقد إلا بها كما أن تخلف واحدا منها يؤدي إلى بطلان العقد.

[٣] مدونة الأسرة المغربية لسنة ٢٠٠٤.

ما يمكن ملاحظته من نص هذه المادة أن القانون المغربي أكد على انعقاد الزواج بركن الرضا أي الإيجاب والقبول، ثم بين أن الرضا هو الركن الأساسي لانعقاد عقد الزواج كما وضح الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن الإيجاب والقبول وذلك من خلال نص المادة ١١ من القانون نفسه بقولها " يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا: - متطابقين في مجلس واحد. - باتين غير مقيدين بأجل أو بشرط واقف أو فاسخ". أي بينت هذه المادة كيفية اشتراط المنطق بالإيجاب والقبول، وكذلك اشتراط المطابقة بين الإيجاب والقبول في المجلس الواحد كما اشترطت البت النهائي في الإيجاب والقبول.

أما في القانون المصري فهو يأخذ بأرجح الأقوال عند الحنفية والذين يعتبرون أن الركن الأساسي لعقد الزواج هو الرضا أي الإيجاب والقبول.

وأخيرا يمكن القول بأن القانون الجزائري والمغربي والمصري إعتبروا أن الركن الأساسي لعقد الزواج هو الرضا أي الإيجاب والقبول، وهو ما ذهب إليه المذهب الحنفي.

المطلب الثالث
شروط عقد الزواج

ومما سبق فإن المشرع الجزائري سعى من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة إلى تحديد ما يعد ركنا في عقد الزواج وما يعد شرطا فيه. حيث نص في المادة ٠٩ مكرر على مايلي " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام المانع الشرعية للزواج".

واستقراءا لهذا النص فإن شروط عقد الزواج هي الأهلية، والولي، الصداق، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية. وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في الفروع الآتية.

الفرع الأول
الأهلية في عقد الزواج

يشترط في العاقد أهلية التصرف، وهذه الأهلية تختلف باختلاف العقود والتصرفات التي يباشرها الإنسان، فمن كان أهلا لعقود المعاوضات، قد لا يكون أهلا لعقود التبرعات،

ومن يكون أهلا للأخذ والتملك، قد لا يكون أهلاً للإعطاء والتمليك، فأهلية المتعاقدين من الشروط العامة لكل العقد[1].

والأهلية في **اللغة**: هي الصلاحية مطلقاً، يقال: فلان أهل لهذا العقد، إذا كان صالحاً للقيام به، أو لطلبه منه، أو لاستحقاقه له[2]. أما في **اصطلاح فهي**: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً، لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه وصحة التصرفات منه[3]. وعرفها **د. محمد كمال الدين إمام** بأنها " صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحاً للخطاب بالأحكام الشرعية ".

وتنقسم الأهلية إلى قسمين، أهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، والتحمل بالالتزامات، مما يجعلها مطابقة للشخصية القانونية، حيث تدور وجودا وعدما مع الحياة لأنها تثبت لكل إنسان[4].

وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونيــة، أي القــدرة علــى التعبير بنفسه عن إرادته منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته[5].

---

[1] د. محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي، قواعد الفقه ونظرياته العامة، دار الجامعــة الجديــدة، عــام ٢٠٠٧، ص ٧٢.

[2] د. رمضان على الشرنباصى، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٣، ص ٧٣.

[3] د. محمد على فهمى السرجانى، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط١، عام ١٩٧٧، ص ١٢٠.

[4] أو هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وعليه، وبمعنى آخر أهلية ثبوت الأحكام في الذمة، ويطلق البعض عليها الذمة نفسها، وتقوم هذه الأهلية على صلاحية لآثار الوجوب، وبالقدرة على أداء الحقوق الواجبة، فمن لم يكن قادرا شرعا على تحمل أثر الوجوب، لا يكون أهلا للوجوب عليه. د. حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الاسلامية والقانون المقارن، مطابع آمون ، القاهرة، ط٢،١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م، ص٢٣، ٢٤.

[5] د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول – ص٢٦٥. وعرفها الأصوليون أنها صلاحية الانسان لصدور القول والفعل منه على وجه يعتد به شرعا، أوهي كون الانسان معتبرا فعله شرعا.

فأهلية الأداء يلزم معها وجوب أداء الحقوق التي يتوجه بها الخطاب إلى صاحب هذه الأهلية وينشأ التكليف بمجرد تحقق مناطها، وما يكون للتكليف من سبب غير تصرف المكلف، كدخول الوقت للصلاة أو حلول وقت دفع الزكاة، فأهلية الأداء تقتصر على الحقوق المتعلقة بالأحكام التكليفية دون الأحكام الوضعية، كما تتميز من أهلية الوجوب بما في الأداء من خطاب وتكليف، بينما يقتصر الوجوب على=

ولما كان الزواج عقدا كغيره من العقود ينتج آثارا والتزامات بين طرفيه، فإن الأهلية شرط لازم فيه، وهذا ما نصت عليه المادة ٠٩ مكرر من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم ٠٥-٠٢ بقولها " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :- أهلية الزواج ...".

وإلى جانب الأهلية باعتبارها شرطا لا غنى عنه في العقود بصفة عامة والزواج بصفة خاصة، فقد اشترط المشرع أن يقوم الزوجان بإجراء فحص طبي للتأكيد من خلوهما من الأمراض التي من شأنها أن تؤثر على الأسرة كلبنة أساسية للمجتمع.

وعلى ذلك فإن دراسة مسألة الأهلية كشرط من شروط الزواج تقتضي منا بحث أهلية الزواج في كل من الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، يعقبه من ذلك الحديث عن الفحص الطبي.

أولا: الأهلية في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري

١- **الأهلية في الفقه الاسلامي**: من شروط انعقاد الزواج أن يكون كل من العاقدين أهلا لمباشرة العقد، **فالحنفية** قالوا أن يكون العاقد بالغا، وذلك لأن نكاح الصبي العاقل غير نافذ عند أبي حنيفة، حتى وإن كان نافذا عند صاحبيه، بل يتوقف على إجازة وليه، وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الصبي أصلا لأنها باطلة، وأن يكون حراً، فلا يجوز نكاح مملوك بالغ عاقل إلا بإذن سيده، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم " أيّما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر "[1].

ويشترط المالكية التمييز والعقل، حتى يأتي لإنشاء العقد، فيخرج الصبي غير المميز والمجنون، ويزيد المالكية عن ذلك تحقق الذكورية للرجل، لأنه لا يجوز للخنثى، قال اللخمي: لا ينكح ولا ينكح[2]، وتظهر علامات البلوغ للفتى كالاحتلام، والفتاة كالحيض،

=ثبوت الحقوق للشخص أوعليه بغض نظر إلى ما ينشأ عنه هذا الثبوت من تكليف أو وضع. ومناط أهلية الأداء هو العقل، التكليف يقتضي أن يعطيه المكلف بأن يقصد إلى امتثال مقتضاه، ولا يأتي هذا القصد إلا لمن يفهم التكليف، وهو الانسان الذي اكتمل عقله. ومن هنا فإن الأهلية لا تثبت لغير الانسان من جماد وحيوان، ولا لغير العاقل من الانسان كالصبي والمجنون، لأن هذه الكائنات لا تفهم الخطاب. د. حسين توفيق، المرجع السابق - أهلية العقوبة في الشريعة الاسلامية والقانون المقارن- ص٢٧، ٢٨.

[1] الكاساني، المرجع السابق - بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص٣٥٠.

[2] وذلك لأنه يتأخر عن صفوف الرجال، ويتقدم على النساء، القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، الجزء الرابع، ص٢٠٣، ٢٠٤.

حجتهم في ذلك قوله تعالى" حتى إذا بلغوا النكاح" أي الاحتلام، وقوله تعالى " واللاتي لم يحضن"، أما زواج الصغير والصغيرة، فهو غير جائز، إلا أنهم أجازوا للولي أو الوصي تزويج ابنه الصغير أو الصغيرة، وذلك لأن العقد موقوف على إجازة الولي أو الوصي مثل البيع[1].

أما الشافعية والحنابلة قالوا أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه، لأن للأب والوصي ولاية الاجبار سواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن. وقال القاضي في الجرد للحاكم تزويجه لأنه يلي ماله، أما المعتوه والمجنون فلهما نفس الحكم بالنسبة للصغير[2].

وأخيرا يمكن القول أن أهلية الزواج عند جمهور الفقهاء تظهر بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام، وفي الفتاة كالحيض[3]. أما الزواج الصبي المميز فينعقد الزواج ولكنه موقوف على إجازة الولي.

٢- **الأهلية في قانون الأسرة الجزائري:** في ظل قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ لم تكن مسألة الأهلية منسجمة ما بين القانون المدني وقانون الأسرة. حيث نصت المادة ٤٠ من القانون المدني أن سن الرشد هو ١٩ سنة[4]، فإذا أتم الشخص هذا السن وكان خلوا من عيوب الأهلية فيجوز له القيام بجميع التصرفات القانونية.أما قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ فقد نص في المادة ٠٧ على أن " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام ٢١ سنة وللمرأة بتمام ١٨ سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ".

---

(١) القرافي، المرجع السابق- الذخيرة، الجزء الرابع - ص٢٠٦.

(٢) الشربني، المرجع السابق - مغني المحتاج، الجزء الثالث - ص١٦٠. ابن قدامة، المرجع السابق - المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء السابع - ص٢٩٢، ٢٩٣.

(٣) أما بالنسبة لمعيار السن ففي ذلك رأيين، فقد ذهب الشافعية و الحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، وابن وهب من المالكية إلى أن سن البلوغ بـ ١٥ سنة سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى، أما الرأي الثاني فيرى أنه من بلغ سن ١٨ سنة اعتبر بالغا، وذهب إلى ذلك المالكية في المشهور، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة، غير أنه حدد بلوغ الفتى بـ١٩ سنة، أما الأنثى بـ١٧ سنة. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٣٢هـ، الجزء الخامس، ص١٩١. د. أحمد فراج حسين، الولاية على النفس، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، ١٩٧١ م، ص ١٠٦ وما بعدها.

(٤) تنص المادة ٤٠ من القانون المدني بقولها " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

ونتيجة لذلك فإن الشخص قد يبلغ سن الرشد طبقا للقانون المدني في حين أنه غير مؤهل للزواج طبقا لقانون الأسرة، كما أن المرأة تكون كاملة الأهلية وفقا لقانون الأسرة دون أن تبلغ سن الرشد المدني، ولعل المشرع راعى في ذلك مدى قدرة الزوج على تحمل المسئولية وكذا تكاليف ومطالب الحياة الزوجية، مع مراعاة مسائل النمو الديمغرافي في الجزائر[١].

غير أن التعديل الجديد أعاد التوازن بين القانون المدني وقانون الأسرة. حيث نصت المادة ٠٧ منه على أنه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام ١٩ سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"[٢].

فقد ساوى المشرع بين الجنسين من حيث سن الرشد وهو بلوغ سن ١٩ سنة، وهو مطابق لنص المادة ٤٠ من القانون المدني، فضلا عن ذلك فإن تحديد سن أهلية الزواج بـ ١٩ سنة لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية[٣].

كما منح للقاضي سلطة تقديرية في أن يرخص بالزواج قبل بلوغ هذا السن متى كان ذلك لمصلحة أو ضرورة، مع قدرة الطرفين على الزواج[٤]، ولكنه لم يحدد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي النزول عنه، ونعتقد أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول عن سن التمييز والمحدد بـ ١٣ سنة[٥].

---

[١] د. بلحاج العربي، المرجع السابق- الوجيز في شرح قانون الأسرة - ص ٦٢.

[٢] جاء في عرض الأسباب لهذه المادة أنها تقترح النص على توحيد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة وتحديد بـ ١٩ سنة، تطابقا سن الرشد المدني، وبالتالي تقرير سن موحد بالنسبة للرجل والمرأة من باب المساواة بينهما غير أنه أعطيت للقاضي صلاحية الترخيص بالزواج قبل ذلك لضرورة أو مصلحة ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج وتمنح هذه المادة للزوج القاصر أيضا أهلية التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج وهو ترشيد بقوة القانون وفي حدود ضيقة ترتبط فقط بعقد الزواج.

[٣] فالبلوغ في الفقة الاسلامي لا يتحدد بسن معين، وإنما يستدل عليه بآمارات بيولوجية، أي تظهر بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام، وفي الفتاة كالحيض.

[٤] وترخيص بالزواج قبل ذلك يكون من القاضى المختص، وهو رئيس المحكمة وهذا يعنى أن الشخص لا يعتبر أهلا للزواج إلا إذا بلغ السن القانونى، وهو الحد الأدنى لإمكانية الزواج، وفى عموم الأصول لا يسمح للرجل قبل بلوغ تسعة عشرة سنة، ونفس الأمر للمرأة أن يتزوجا مهما كانت إمكانية قابليتها الجسمانية لهذا الزواج إلا بترخيص من القاضى.

[٥] تنص المادة ٤٢ من القانون المدني على أنه" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

وأخيرا يمكن القول بأن المشرع الجزائري **بتوحيده لسن الزواج بـ ١٩ سنة**، بعدما كان ١٨ سنة للمرأة و ٢١ سنة للرجل ضرباً من ضروب المساواة بين الجنسين والتي شهدها التشريع الجزائري لأول مرة من خلال تعديل المادة ٠٧ من قانون الأسرة الجديد.

أما في القانون المغربي فقد نص في مادته ١٣ من مدونة الأسرة المغربية لسنة ٢٠٠٤ بقولها " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:- أهلية الزوج والزوجة..."

ومن هنا يتضح لنا أن المشرع المغربي اعتبر أهلية الزواج شرطا من شروط عقد الزواج، كما نص على أهلية الزواج من خلال المادة ١٩ من مدونة الأسرة على أن " تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

وما يمكننا ملاحظته أن القانون المغربي ساوى بين أهلية الزواج بالنسبة للرجل والمرأة، كما قام بتحديد سن أهلية الزواج للزوجين ببلوغهما ١٨ سنة مع تمتعهما بقواهما العقلية.

أما القانون المصري فقد مايز في البداية بين الجنسين من حيث سن الزواج، فقد نصت المادة رقم ٣٦٧ الفقرة الثانية من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، على أن لا يقل سن الزوجة عن ست عشر سنة، وألا يقل سن الزوج عن ثماني عشر سنة، فإذا كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السن المحددة فلا يجوز للموظف الرسمي المختص بمباشرة عقد الزواج أن يجريه رسمياً بينهما[1].

كما نصت المادة ١٧ من قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بقولها " لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشر سنة ميلادية، أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشر ميلادية وقت رفع الدعوى... ".

وطبقا للنصين السابقين فإن أهلية الزوج يجب ألا يقل عن ١٨ سنة، أما الزوجة فلا تقل عن ١٦ سنة. وبصدور القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ بشأن الأحوال المدنية ساوى المشرع المصري بين الزوجين من حيث أهلية الزواج، حيث نصت المادة ٣١ مكرر" لا

---

[1] د. رمضان على السيد الشرنباصي، المرجع السابق - أحكام الأسرة - ص ٥٦، ٥٧.

يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثماني عشر سنة ميلادية كاملة"[1]، ليضع بذلك حدا موحدا هو بلوغ سن ١٨ سنة كما في القانون المغربي، خلافا للقانون الجزائري الذي حددها بـ ١٩ سنة.

ثانيا: الفحص الطبي

يعد شرط إجراء الفحص الطبي من الأحكام الجديدة التي جاء بها الأمر رقم ٠٥-٠٢، والمراد بالفحص الطبي هو القيام بالكشف على الجسم بالوسائل المتاحة(من الأشعة، والكشف المخبري، الفحص الجيني ونحوها)، ويتم الفحص الطبي قبل إبرام عقد الزواج، وذلك لكشف الأمراض الخطيرة لدى الزوجين[2]. ودراستنا للفحص الطبي تفرض علينا أن نعرض لهذه المسألة في الفقه الإسلامي، يليها بعد ذلك دراستها في قانون الأسرة الجزائري.

١- في الفقه الاسلامي

إن من بين الشروط التي أكد عليها الفقه الاسلامي هي ألا يكون بأحد الزوجين عيب من العيوب التي تبيح طلب الفرقة، فلا خلاف بين علماء الشريعة الاسلامية حول إجراء الفحص الطبي قبل الزواج لاستكشاف الأمراض المزمنة أو المعدية، حتى وإن لم يوجد دليل من الكتاب والسنة على وجوب الفحص قبل الزواج[3]، هذا ويستشهد بعض الفقهاء بأدلة من القرآن والسنة. فمن القرآن الكريم قوله تعالى " ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما"[4]، وقوله أيضا " وأنفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين"[5].

---

[1] والمضافة بمقتضى المادة ٠٧ مكرر من القانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بتعديل بعض أحكام قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦. د. جابر عبد الهادى سالم الشافعي، أحكام الأسرة، الزواج- الفرقة بين الزوجين- حقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مطابع السعدنى ٢٠٠٨. ص ١٢٣.

[2] د. علي محي الدين القره داغي، د. علي يوسف محمد، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الاسلامية، ط٣، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨ م، ص ص٢٥٥، ٢٥٦.

[3] أكثر توضيحاً لا يمكن أن يكون هناك خلاف حول الإلزام بالفحص الطبي لمرض الإيدز، أو الالتهاب الكبدى الوبائي، السل، لما فيه من ضرورة شرعية والاجتماعية. د. علي محي الدين القره داغي، د. علي يوسف محمد، المرجع السابق - فقه القضايا الطبية المعاصرة- ص٢٨٢.

[4] سورة النساء، الآية ٢٩.

[5] سورة البقرة، الآية ١٩٥.

وجه الدلالة في الآيتين هو حرمة قتل النفس أو الالقاء بها إلى التهلكة، واجتناب كل ما يؤدي لذلك، وهو ما يعد أساسا للفحص الطبي، فإجراء الكشف أو الفحص يقي من انتشار الأمراض أو انتقالها إلى الذرية. ومن السنة النبوية الشريفة: قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار "[1]، وهي قاعدة أصولية تفيد النهى عن الضرر والإضرار، تجعل من الفحص الطبي إلزاميا لمنع إضرار أحد الزوجين بالآخر، أو بالأولاد.

كما نهى النبى صلى الله عليه وسلم في مواقع كثيرة عن إلحاق الضرر بالنفس، فنهى عن دخول الأرض التي بها الطاعون وعن الخروج منها، اجتنابا لأسباب المرض واحترازا من انتقاله إلى الغير، وقياسا على ذلك يكون الفحص الطبى من باب الوقاية من المرض أو نقله إلى الغير[2].

و من هنا نرى ضرورة إلزام الزوجين بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج، وذلك من باب الوقاية ولما للفحص من فوائد وأهمية كبيرة تتجلى فيمايلي:

١- معرفة مدى قدرة الخاطب والمخطوبة بدنياً على إتمام الزواج.

٢- الكشف عما في أحدهما، أو كليهما من عقم، أو عجز جنسي كامل أو ناقص، ومن الأمراض التناسلية، والوراثية مثل السكر...إلخ، والاطلاع على وجود الأمراض المعدية الموجودة في الطرفين أو عدم وجودها.

٣- الكشف عن الأمراض النفسية المؤثرة في العلاقة بين الطرفين.

---

[1] روى عن ابن عباس، وعائشة، وأبي هريرة، وعبادة بن الصامت، وأبي سعيد الخدري، وعمرو بن يحي المازني، فقد أخرجه ابن ماجة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" لاضرر ولاضرار" ، سنن ابن ماجة، للحافظ أبي عبد الله بن محمد بن زيد القزويني، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، ص٧٨٤، حديث رقم ٢٣٤٠. وأخرجه الدار قطني، عن عائشة -رضي الله عنها- عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال:" لاضرر ولاضرار"، سنن الدار قطني، لعلي بن عمر الدار القطني، المجلد الثاني، دار المحاسن، الجزء الرابع، ص٢٢٧، حديث رقم ٨٣.

[2] ومن الأدلة المشروعية الفحص الطبي عن الأمراض المعدية قبل الزواج ما جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " فر من المجذوم فرارك من الأسد " والجذام من الأمراض المعدية التي أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم اجتناب المريض بها والفحص الطبي يهدف إلى ذلك أيضاً، حيث يتوفى منه انتقال الأمراض المعدية والحد من انتشارها.

٤- الحد من انتشار الأمراض المعدية، التقليل من ولادة أطفال مشوهين، أو معاقين بقدر الإمكان.

٥- حماية الزوجين من الأمراض المعدية الخطيرة قبل الزواج حيث تنتقل هذه الأمراض عن طريق الاتصال الجنسي مثل الإيدز، وبعضها بمجرد المجاورة والاحتكاك.

٦- المحافظة على صحة النسل، وعلى الذرية، وهذا هدف هو من الضروريات، والكليات الخمس[1].

٢ـ موقف المشرع الجزائري.

لقد سبقت الاشارة إلى أن الفحص الطبي من الأحكام الجديدة التي جاء بها الأمر رقم ٠٥-٠٢، وذلك في المادة ٠٧ مكرر التي جاء فيها " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق – أو ضابط الحالة المدنية – أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"[2].

هذا النص الجديد أورده المشرع مدفوعا بما ظهر من أمراض خطيرة يتعذر علاجها والتحكم فيها، كمرض فقد المناعة والعقم والتهاب الكبدي وغير ذلك، وهو ما قد تصبح معه الأسرة وسيلة لإنتشار هذه الأمراض، فينتج عن ذلك نسل مريض ومجتمع مريض. فأوجب على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

---

[1] د. علي محي الدين القره داغي، د. علي يوسف محمد، المرجع السابق – فقه القضايا الطبية المعاصرة – ص٢٦٠.

[2] جاء في عرض أسباب هذه المادة أنها تلزم طالبي الزواج على تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ٠٣ أشهر تثبت خلوها من أي مرض يتنافى مع الزواج حماية لصحة الزوجين والأطفال والمجتمع، وتلزم الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من علم كل من الطرفين بالحالة الصحية لكل منهما قبل تحرير عقد الزواج وفي عرض الأسباب الأولى التي كانت مرفقة بالمشروع التمهيدي الذي عرض على مجلس الحكومة قبل مجلس الوزراء جاء في عرض الأسباب أن هذه المادة تترك للأطراف إتمام الزواج من عدمه، وهي تحيل للتنظيم لتحديد كيفيات وشرط تطبيقها.

كما أوجب على الموظف المختص بتحرير العقد مجموعة من الضوابط والشروط التي تتمثل في:

١- ضرورة تأكد كل من الموثق أو ضابط الحالة المدنية قبل تحرير عقد الزواج من خضوع طرفي عقد الزواج للفحوص الطبية، التي يتطلبها القانون، والتأكد هنا قاصر على التأكد من الوثيقة.

٢- يجب على الموثق أن يتأكد من علم طرفي عقد الزواج بما قد تكشف عنه الفحوص الطبية من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، والتأكد هنا يكون بعرضه ما ثبت بالوثيقة الطبية على الزوج الثاني، وتأشير ذلك في عقد الزواج.

٣- يتعين على الموثق أن يثبت بوثيقة الزواج قيامه بالأمرين السابقين هذا ويتعين الإشارة إلى نص المادة ٠٧ مكرر عندما ألزم الموثق أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من أن كلا من الزوجين على علم بمرض الزوج الآخر أو العامل الذي يشكل خطراً يتعارض مع الزواج، كما أن نص المادة لم ينص على حكم يفيد امتناع الموثق عن إبرام عقد الزواج في حالة موافقة الزوج الآخر بهذا المرض أو العامل الذي يؤثر على مقاصد الزواج.

أما إذا تقدم الزوجان إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإبرام عقد الزواج ولم يقدم أحدهما أو كلاهما الشهادة الطبية التي تثبت فحصهما وخلو كل واحد منهما من أي مرض، ومن هنا فإنه يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يمتنع عن تحرير مثل هذا العقد.

أما إذا تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط وقام بتحرير عقد الزواج دون أن يستلم هذه الشهادة فإنه يستحمل مسئوليته عن مخالفة القانون، ويمكن أن يعرض نفسه للعقاب الإداري والعقاب الجزائي[1].

ومن هنا يتضح لنا أن المشرع الجزائري عند استحداثه لهذه المادة، رأى صلاحيتها مسبقاً من خلال ما حققه أحسن نموذج تشريعي عربي في هذا الشأن من نجاح وهو التشريع اللبناني الصادر في سنة ١٩٩٤ المتعلق بإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج لكل مواطن لبناني، ثم التشريع الفرنسي بعده، والتشريع السوري بموجب القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٥ المتضمن قانون الأحوال الشخصية في مادته ٤٠ الفقرة الثالثة والتي نصت على جملة من

[1] عبد العزيز، المرجع السابق – قانون الأسرة في ثوبه الجديد – ص ٥٣.

معاملات الزواج الإدارية منها أن يقدم طالب الزواج لقاضي المنطقة مع شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره[1].

وأخيرا يمكن القول بأن المشرع لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك لما للفحص الطبي من فائدة وحماية للصحة العامة للمجتمع، بحيث يتعرف كل من الزوجين على الصحة الخاصة لكل منهما، وهذا التعرف يكون من باب إعلام الزوجين بهدف ضمان استمرارية العلاقة الزوجية وضماناً للأمن الصحي من باب الوقاية العامة كذلك، غير أن المشرع في هذه المادة في فقرتها الأخيرة لم يبين نوع الفحوصات المطلوبة في الملف ولا الجهة الطبية التي تجرى الفحوصات تاركاً ذلك للتنظيم، ونحن على أمل أن لايطول صدور هذا التنظيم كثيراً.

أما في القانون المصري فقد اشترط لتوثيق عقد الزواج للراغبين في ذلك، أن يجروا فحوصات الطبية لتبيين خلوهما من أي أمراض قد تؤثر على حياة أو صحة كل منهما أو على صحة أولادهم، كما نص القانون على أنه لا يجوز للموثق أن يبرم عقد زواجهما إذا لم يقدم له الزوجان تلك الشهادة الطبية[2].

الفرع الثاني
الولاية في عقد الزواج

الولاية حق شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير، وهي نوعان ولاية عامة وولاية خاصة، وتقسم هذه الأخيرة إلى ولاية على النفس وولاية على المال، والولاية على النفس هي المقصود هنا، أي ولاية على النفس في التزويج.

تعريف الولي: الولي ضد العدو، والولاية هي النصرة والولي المالك، تقول: ولي اليتيم أو القتيل، بمعنى: المالك أمرهما، والولي في اللغة هو الناصر والمعين، وولي المرأة، الذي يلي عقدها عند الزواج [3].

---

(1) بن داود عبد القادر، المرجع السابق – الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص٧٣.

(2) هذا ما نصت عليه المادة ٣١ مكرر من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٤ بشأن الأحوال المدنية والمضافة بمقتضى المادة ٠٧ مكرر من القانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بتعديل بعض أحكام قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦، للمزيد انظر، د. جابر عبد الهادي، المرجع السابق – أحكام الأسرة – ص١٢٦، ١٢٧.

(3) الإمام أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة (قاموس عربي عربي)، دار الهدى للطباعة والنشر التوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص ٧٤٣، ٧٤٤. لسان العرب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ٩٠٥.

اصطلاحا: عرفه ابن عرفة بقوله" الولي من له على المرأة ملك أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"[1]، وعرفه الإمام أبو زهرة " القدرة على إنشاء العقد نافذاً "[2]. أو هي قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شئون غيره جبراً عليه[3].

أولا: حكم الولي في الفقه الاسلامي

ثبت الاختلاف بين المذاهب الفقهية بشأن ضرورة ركنية الولي في النكاح وعدم ركنيته، فذهب جمهور الفقهاء (المالكية ،الشافعية، الحنابلة) إلى اعتبار الولي ركنا من أركان عقد النكاح[4]، أي أنه لا يكون نكاح إلا بولي، ويعتبر شرط صحة في عقد النكاح، وذهب الإمام أبو حنيفة إلى القول بعدم ركنية الولي، أي يصح النكاح بدون الولي إذا كان زوج كفئاً للزوجة[5]، ومن هنا يمكن تقسيم الآراء الفقهية إلى الرأيين:

الرأى الأول:

يرى الجمهور الفقهاء(المالكية ،الشافعية، الحنابلة) أنه لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، سواء أكانت بكراً أو ثيباً[6]، وفي ذلك يقول الإمام **ابن جزى** " فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرا كانت أو ثيبا شريفة أو دنيئة، رشيدة أو سفيهة، حرة أو أمة، أذن لها وليها أو لم يأذن، فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال وولد، ولا حد في الدخول للشبهة، وفيه الصداق المسمى". واستدل جمهور الفقهاء بآيات القرآنية وأحاديث شريفة، فمن القرآن **قوله تعالى** " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"[7]، فقد جعل الله سبحانه وتعالى أمر تزويج للنساء للرجال ونهاهم عن تزويج المشركين بناتهم أو أخواتهم ما لم

---

(1) الرصاع أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، عام ١٩٩٣، الجزء الأول، ص٢٤١.

(2) الشيخ محمد أبو زهرة، الرجع السابق – الأحوال الشخصية – ص١٠٧.

(3) أحمد الحصري، الأحوال الشخصية – الولاية- الوصاية الطلاق، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٧هـ، ١٩٦٨ م، ص١٠٠.

(4) الامام النووي، المرجع السابق – المجموع شرح المهذب، الجزء السادس عشر- ص ١٤٦، ابن قدامة، المرجع السابق – المغنى، الجزء السابع – ص ٣٨٠. ابن رشد، المرجع السابق - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص٠٧.

(5) الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني- ص٣٦٤، ٣٦٥. ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني – ص٠٧.

(6) ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني- ص٠٧.

(7) سورة البقرة، الآية ٢٢١.

يسلموا، فخاطب الرجال دون النساء ليدل على أن العقد بأيديهم لا بأيدي النساء، وقوله تعالى " فانكحوهن بإذن أهلهن..."[1]، فهذه الآية صريحة في اشتراط إذن الولي، فدلت الآية أنه لا يصح النكاح بدون ولي، **وقوله تعالى** " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"، فقال الشافعي رضي الله عنه أنها دليل صريح على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى[2].

ومن السنة النبوية: عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل..."[3]، وعن أبي بردة عن أبيه قال قال رسول صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "[4]، فهذه الأحاديث تدل على أنه ليس للمرأة الحق في تزويج نفسها ولا غيرها، فلا بد من وجود الولي، واشترطت الأحاديث ذلك للحكم على صحة النكاح، ومعلوم بأن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط، فإذا لم يوجد الولي لم يصح النكاح[5]، والحكمة من تشريع الولي عند جمهور الفقهاء هي من باب المساعدة وحفظ لمصالح الفتاة الصغيرة أو البكر لقلة خبرتها بأحوال الرجال، لذا أوجب الشرع اشتراط الولي معها في اختيار الزوج الأصلح، فالولاية لم تشرع في الفقه الإسلامي لاعتبار المرأة ناقصة أو فاقدة أهلية، فالمرأة مثل الرجل لها أهلية بدليل أن لها ذمة مالية مستقلة عن أبيها أو زوجها وأقاربها، فهي ترث وتورث، تبرم عقودها المدنية وتفسخها ولا معقب لحكمها، غير أن أمر الزواج ليست لها دراية بأمور هذا العقد الذي سماه الله " بالميثاق الغليظ " الذي إذا فشلت فيه كان سببا في الشقاوة الأبدية، وإذا نجحت كان سبباً في سعادتها.

الرأي الثاني:

وهو ما ذهب إليه الحنفية خلافا للجمهور، حيث أجاز الحنفية للمرأة أن تزوج نفسها أو أن تولى في عقد زواج غيرها من النساء وإن كان من المستحب أن يتولى عقد زواجها

---

[1] سورة النساء، الآية ٢٥.

[2] الشربيني، المرجع السابق – مغني محتاج، الجزء الثالث – ص١٤٧.

[3] أبو محمد، المرجع السابق – سنن الدرامي، باب النهي – ص١٣٧، الامام ابن العربي، المرجع السابق – صحيح الترمذي، الجزء الخامس – ص١٣.

[4] أبو محمد، المرجع السابق – سنن الدرامي، باب النهي عن النكاح بغير ولي – ص١٣٧، وجاء في صحيح الترمذي قوله صلى الله عليه وسلم:" لانكاح إلا بولي"، الامام ابن العربي، المرجع السابق – صحيح الترمذي، الجزء الخامس – ص٢٦.

[5] الشربيني، المرجع السابق – مغني محتاج، الجزء الثالث – ص١٤٧.

وليها، ولكن اشترطوا لصحة عقد النكاح الذي تتولاه المرأة بنفسها ولزومه أن يكون الزوج كفئاً، وألا يقل المهر عن مهر المثل، فإن تزوجت بغير كفء أو بأقل من مهر المثل فللولى حق الاعتراض على العقد[1]، وهذا قول الزهراى والشعبى أيضاً.

واستدل الحنفية بقوله تعالى " فلا جناح عليهما أن يتراجعا "[2]، أي يتناكحا أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي، وقوله تعالى " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"[3]، أي أنه أضاف النكاح إليهن، فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي، والثاني أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهم من أزواجهن إذا ترضى الزوجان، والنهي يقتضي تصوير المنهي عنه[4].

ودليلهم من السنة النبوية، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " ليس للولى مع الثيب أمر، اليتيمة تستأمر، فصمتها إقرارها"[5]، وهذا قطع ولاية الولي عنها، وقوله صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها "[6]، يتبين لنا من هذا الحديث بأن الأيم، أي المرأة التي لا زوج لها، لها الحق في تولى أمر نفسها، وهذا يخول لها حق عقد الزواج بدون وليها، سواء أكانت بكراً أو ثيبا.

ووجه استدلال في ذلك أن المرأة صارت ولية نفسها في النكاح لما بلغته من عقل وحرية، فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ، وذلك لأن ولاية الانكاح تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا، لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا، وقد تكون حاجة المرأة إليه حالاً ومآلاً، غير أنها قد تعجز عن إحراز ذلك بنفسها، كما قد يكون الأب قادراً عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في

---

(1) الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٣٧٠.

(2) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

(3) سورة البقرة، الآية ٢٣٢.

(4) الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص٣٧٠.

(5) بن شعيب النسائي، المرجع السابق – سنن النسائي، الجزء السادس – ص٦٩، ٧٠.

(6) الإمام يحي بن شرف النووى، صحيح مسلم بشرح النووى، تحقيق عبد الله أحمد أبوزينة، دار الشعب القاهرة، المجلد الثالث، الجزء الثالث، ص٥٧٦. أبو محمد، المرجع السابق – سنن الدرامى، باب استئذان، الجزء الثاني – ص١٣٨.

نفسها حقيقةً، وفي ظل هذا تزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها، إذ أن النيابة الشرعية تثبت بطريق الضرورة، فتزول بزوالها[1].

من خلال استعراض أدلة الفريقين، يظهر بأنَّ لكل فريق أدلته وحججه، غير أنهم متفقون على أن الولي لا بد من استئذانه والمرأة لا بد من موافقتها، فالزواج عندهم لا يصح بالاتفاق إذا كانت المرأة مكرهة، ومن ثمة فالولاية في التزويج هى ولاية اشتراك بينهما "المرأة أو وليها " مع تحكيم العرف والبيئة.

١- **شروط الولي:** هناك بعض الشروط المتفق عليها الواجب توفرها فى الولي.

أ- أن يكون مسلما في الولاية على مسلم أو مسلمة، فلا يزوج الكافر المسلمة لقوله تعالى" لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين"[2]، لأن غير المسلم لا يؤتمن على مصالح المسلم[3]، وفى ذلك يقول ابن قدامة " أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم"[4] ، أما إذا تزوج مسلم كتابية، فيجوز أن يكون وليها من أهل ملتها، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعى، وقول للحنابلة[5].

ب – أن يكون الولي بالغاً، عاقلا لأن الولاية تثبت لمن يقدر على تحقيق مصالح الغير فلا تصح من شخص صغير السن ولا من مجنون ولا معتوه، لأن هؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم، فمن باب أولى لا ولاية لهم على غيرهم. أما الشروط المختلف فيها فهي الرشد[6]،

---

[1] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص٣٧٠.

[2] سورة آل عمران، الآية ٢٨.

[3] الإمام رئيس الدولة حاليا، ونوابه فتثبت ولا يتهم على المسلمين، وغير المسلمين لأنَّه صاحب الولاية العامة في الدولة.

[4] ابن قدامة، المرجع السابق – المغنى، الجزء السادس – ص٤٧٢.

[5] ومن الفقهاء من رأى بأن الحاكم المسلم هو الذي يزوجها، وقد ورد ذلك فى قول ثان للحنابلة، للمزيد أنظر: د. نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع السابق – أحكام الخطبة – ص ١١٢.

[6] الرشد: ذهب الإمام أبو حنيفة وأكثر أصحاب مالك أنه لا يشترط الرشد، وعليه تجوز ولاية السفيه وذهب الإمام مالك والشافعي إلى اشتراط الرشد.

والعدالة[1]، والذكورة[2]، وعدم اختلال السمع والبصر[3]،وكذلك ولاية المحرم سواء كان إحرامه بحج أو عمرة.

٢- أنواع الولاية: الولاية نوعان وهما:

أ- **ولاية على المال:** وهى سلطة التصرف في المال، سواء أكانت قاصرة أم متعدية، وليست هي موضوع الدراسة.

ب- **ولاية على النفس:** وهى سلطة إنشاء عقد الزواج وهي المقصود من هذا البحث.

والولاية على النفس قسمان، ولاية قاصرة وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، وولاية متعدية وهى سلطة تزويج الإنسان غيره جبراً عنه أو باختياره.

١- الولاية القاصرة: اتفق جمهور الفقهاء على أن الولاية القاصرة على النفس تثبت للرجل البالغ العاقل، فإذا زوج نفسه ممن يريد الزواج منها، كان زواجه صحيحا، وليس لغيره حق الاعتراض على التصرف الذي صدر منه مادام هذا العمل مشروعا، أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء فى ثبوت هذه الولاية لها[4].

فيرى الحنفية أنه يثبت هذا الحق للمرأة البالغة العاقلة، ولذلك يمكن للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها، متى كان الزوج كفئا، والمهر مهر المثل، ولا اعتراض لأحد عليها، كما لها أن تزوج غيرها واستدلوا من القرآن الكريم قوله تعالى " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن .... "[5]، وقوله تعالى " فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم

---

[1] العدالة: ذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليه وفى رواية الحنابلة إلى أن الفاسق يصح له أن يكون وليا على عقد النكاح.

[2] الذكورة: اشترطه الجمهور غير الحنفية، فالمرأة لا ولاية لها عن غيرها، بينما ذهب الحنفية إلى أن المرأة البالغة العاقلة لها ولاية التزويج عن الغير إما بالولاية أو الوكالة.

[3] عدم اختلال السمع والبصر: اختلف الفقهاء في ذلك، فمنهم من اشترط سلامة الحواس من سمع وبصر، ومنهم من لم يشترط ذلك مستندين إلى أن شعيبا، عليه السلام، زوج ابنته وهو أعمى وإن المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر للنظر. للمزيد انظر ابن قدامه، المرجع السابق – المغني، الجزء السابع – ص٣٨٥.

[4] د. مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية بيروت،١٩٨٣، ص ٢٧٥، ٢٧٦.

[5] سورة البقرة، الآية ٢٣٢.

فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف"[1]، فهذه الآيات تدل على أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنها، ويترتب آثاره من غير توقف على إذن الولي أو على ولايته.

ومن السنة النبوية ما رواه ابن عباس قال قال الرسول صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها..."[2]، فيدل هذا الحديث على أن المرأة أحق من الولي في عقد زوجها.

ومن هنا يمكن أن نقول أن المرأة عندما تباشر عقد زواجها بنفسها، إنما تتصرف فى حق خالص لها ولا اعتراض لأحد عليها في ذلك، ما دامت بالغة راشدة، وتزوجت بكفء، وبمهر المثل وإنما يطالب الولي بمباشرة العقد استحبابا، وصونا للمرأة من حضورها مجالس الرجال وفي ذلك يقول **ابن القيم** " فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة، لا يتصرف أبوها في أقل شئ من مالها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، إلى من يريد هو وهي من أكره الناس فيه وهو من أبغض شيء إليها ومع هذا فينكحها اياه قهرا بغير رضاها إلى من يريده ويجعلها أسيرة عنده كما قال النبي صلى الله عليه وسلم اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أي أسرى، ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها"[3].

أما المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من العلماء فلا يثبت عندهم للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها، إنما الذي يزوجها إياه وليها، واستدلوا في قولهم بقوله تعالى " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"[4]، ومن هذه الآية استنتجوا على أن سلطة التزويج للرجال وليس للنساء. ومن السنة النبوية ما رواه أبو هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها "[5]،

---

[1] سورة البقرة، الآية ٢٣٤.

[2] أبو محمد، المرجع السابق – سنن الدرامي، باب استئذان، الجزء الثاني – ص١٣٨.

[3] ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، المطبعة المصرية ومكتبتها، تأسست عام ١٩٢٤ م، الجزء الرابع، ص١٠٠.

[4] سورة البقرة، الآية ٢٢١.

[5] محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، الجزء الأول، ص٦٠٥، الحديث رقم ١٨٨٢.

قوله صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل... "[1].

٢- **الولاية المتعدية:** وهي سلطة تزويج الإنسان غيره جبراً عنه، وهي نوعان:

أ- **ولاية إجبار:** وهي التي يستبد الولي فيها بتزويج من تحت ولايته، بغير إذنه ورضاه، فولاية الإجبار تثبت على الصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر، وتثبت للصغيرة بالنسبة للبنت سواء كانت بكراً أو ثيبا، كما أضافوا الثيب البالغة إذا ظهر فسادها وكذا المجنونة[2].

ب- **ولاية اختيار:** وهي التي تخول صاحبها النظر في شئون المولى عليه بناء على اختياره ورغبته، فلا يملك بها الولي تزويج المول عليه من غير رضاه واختياره، ويستطيع المولى عليه أن يزوج نفسه من غير توقف على رأي الولي ورضاه، وذلك كولاية تزويج الحرة العاقلة البالغة، فإنها تملك أن تزوج نفسها بمحض اختيارها. ولكنه يستحب أن تكل أمر العقد عليها إلى وليها. فإن ذلك من المحاسن التي ينبغي أن تراعى، حفظاً للمرأة من مظاهر التبذل[3]، وهي تثبت على البالغة سواء كانت بكرا أم ثيبا. وفي ذلك يقول ابن القيم " لا تجبر البكر البالغة على النكاح ولا تزوج إلا برضاها، وهو القول الذي ندين به ولا نعتقد سواه وهو الموافق لحكم رسول الله وأمره، ونهيه، وقواعده وشريعته ومصالح أمته "[4].

أما من تثبت له الولاية فأغلب الفقهاء يرون بأنها تكون للأب والجد وأضاف البعض العصبات على طريق الميراث بمعنى جميع الأقارب الأقرب فالأقرب، فإذا لم توجد العصبة تنتقل الولاية إلى ذوي الأرحام وتنتهي إلى السلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له، لقوله صلى الله عليه وسلم".... فإن إشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "[5].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الولي

لقد شهدت مسألة الولاية على المرأة في الجزائرنقاشا حادا وطويلا بين مختلف رجال القانون وفقهاء الشريعة وجمعيات نسويه متعددة الوجهات، خصوصا في ظل تعارض نصوص قانون الأسرة رقم ٨٤-١١، وهو ما حاول المشرع تداركه من خلال التعديل الجديد.

---

[1] سبق تخريجه.

[2] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٣٦١.

[3] أحمد الحصري، المرجع السابق – الأحوال الشخصية – ص١٧.

[4] الامام ابن القيم، المرجع السابق – زاد المعاد، الجزء الرابع – ص٠١.

[5] فتح الباري، المرجع السابق – شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع – ص ٩٧. أبو محمد، المرجع السابق – سنن الدرامي، الجزء الثاني – ص١٣٧.

قانون الأسرة رقم ٨٤-١١: لقد جاء هذا القانون بأحكام غير منسجمة مع بعضها البعض بخصوص مسألة الولي في عقد الزواج. فقد نصت المادة ٠٩ على أنه "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق ".

فالولي طبقا لهذه المادة ركن في عقد الزواج فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدونه وهو ما أكدته المادة ١١ من القانون نفسه بقولها " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فاحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له ".

غير أنه وبالرجوع إلى المادة ٣٢ ، ٣٣ من القانون ذاته، نجد أن المشرع لا يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج وإنما شرط صحة، فيفسخ الزواج بدونه قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. ولا يختل الزواج إلا إذا اختل ركن مضاف إليه، كاجتماع الولي مع الصداق أو الولي مع الشاهدين[1]، وقياسا على ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ ٠٢/٠١/ ١٩٨٩ على أنه " من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال. أن الشاهد صرح أنه لا يوجد المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما"[2].

ومن بين صور التناقض كذلك نص المادتين ١٢ و١٣، حيث جاء في نص المادة ١٢ على أنه " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة ٠٩ من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت ".

---

(1) تنص المادة ٣٢ من قانون ٨٤-١١ على أن " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو تثبت ردة الزوج". كما تنص المادة ٣٣ من نفس القانون على أن " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ٠٢/٠١/١٩٨٩، ملف رقم ٥١١٠٧، المجلة القضائية ١٩٩٢، عدد٣، ص ٥٣.

فقد فرق هذا النص بين البكر والثيب من حيث سلطة التزويج، فبالنسبة للثيب فلا تدخل تحت ولاية الاجبار، فإذا رغبت بالزواج بمن هو أصلح لها فليس لوليها أن يمنعها، وللقاضي أن يأذن لها بذلك.

أما البكر فتخضع لولاية الإجبار فيكون لوليها أن يمنعها من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها. غير أن نص المادة ١٣ التي جاء فيه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ".

فطبقا لهذا النص لا يكون للولي أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج سواء كانت ثيبا أو بكرا، وهذا متناقض تماما مع نص المادة ١٢ من نفس القانون.

هذا التعارض والتناقض بين النصوص في مسألة الولاية استدعى تدخلا تشريعيا، الذي سعى المشرع من خلاله إلى تدارك النقص ورفع التعارض الذي شاب القانون رقم ٨٤-١١، حيث نص في المادة ٠٩ مكرر على أنه " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ...".

وبذلك لم يعد الولي ركنا في عقد الزواج، وإنما شرطا من شروطه، يترتب عن تخلفه أو أي شرط آخر فسخ العقد قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. هذا المسلك يرفع التعارض بين نص المادة سالفة الذكر ونص المادة ٣٣ التي جاء فيها " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

كما عدلت المادة ١١ وأصبحت تنص على أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة ٠٧ من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولاية له". إضافة إلى ذلك ألغى المادة ١٢.

فقد اتجه المشرع من خلال التعديل الجديد إلى إعتبار الولاية أمرا شكليا، فالمرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، ولها أن تباشره بنفسها متى كانت راشدة " أي بلغت ١٩ سنة "، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر

عن معيار القرابة، فولي هو أباها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره[1]. فقد استبدل المشرع معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة في نص المادة ١١ العطف على الأب " أو" التي تفيد التخيير لا الترتيب، فيكون لأي شخص أن يحضر العقد حتى ولو كان لهذه المرأة أب أو أخ أو أي قريب آخر.

هذا التوسع غير المبرر من طرف المشرع أدى إلى التباس الولي بالشاهد من جهة، ومن جهة أخرى لم يعد للقاضي دور في عقد الزواج الذي تباشره المرأة الراشدة، وبذلك تنتفي فوائد الولي والحكمة من تشريعه. أما إذا كانت المرأة قاصرة لم تبلغ سن الرشد، فيجب موافقة الولي، وهوأبوها، فإن لم يوجد فأحد أقاربها الأولين حسب الترتيب الفقهي، وإذا انعدم الأقارب يتولى القاضي زواجها.

وأخيرا يمكن القول أن ما جاء به الأمر رقم ٠٥- ٠٢ يعد خروجا عن المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي، إلا أنه لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية فيما يخص الولاية على القاصرة، فالولاية على القاصرة في المذهب الحنفي هي ولاية إجبار، بينما اعتبرها قانون الأسرة الجزائري ولاية اختيار[2].

أما في القانون المغربي فقد نص على شروط عقد الزواج في المادة ١٣ من مدونة الأسرة المغربية بقولها " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

١- أهلية الزوج والزوجة

٢- عدم الاتفاق علي إسقاط الصداق

٣- ولي الزواج عند الاقتضاء".

مما يتضح لنا أن القانون المغربي اشترط الولي عند الاقتضاء فالمراد به أن القاصر من الزوجين لا يجوز له أن يزوج نفسه، وهذا يقتضي اشتراط الولي، لأن زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي أما إذا بلغ سن أهلية الزواج الذي حددته المدونة في المادة ١٩ بثمان عشر (١٨) سنة، فالقانون المغربي أخذ بمذهب الحنفية في هذه المسألة أي أنه يجوز

[1] د. داوى عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، ط١، ٢٠٠٧، ص١١٩.

[2] تنص المادة ١٣ من قانون الأسرة الجزائري على أنه " لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولايجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

لكلا الزوجين أن يزوجا نفسيهما دون اللجوء إلى الولي[1]، وهذا ما نصت عليه المواد ٢٤ و ٢٥ من مدونة الأسرة المغربية بقولها "الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحته". كما نصت المادة ٢٥ بقولها " للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها "[2]، من نص هاتين المادتين نلاحظ أن القانون المغربي أعطي حق الولاية للمرأة الراشدة بحيث لا يجوز للأب ولا لغيره أن يزوج المرأة الراشدة إلا برضاها كما أعطاها الحق أن تبرم عقد زواجها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها .

ما يمكن قوله أن القانون الجزائري والقانون المغربي كليهما اعتبرا أن الولي شرط من شروط عقد الزواج، أي أنهما أخذا بالمذهب الحنفي. كما اتفقا على أن تبرم المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو أحد اقاربها، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك حيث أن القانون المغربي ينص على أن تفويض المرأة أباها أو أحد أقاربها، بخلاف القانون الجزائري الذي سمح لها تفويض أي شخص آخر أي الأجنبي لإبرام عقد زواجها ولذلك لا نجد له سنداً في الفقه الإسلامي أو أي مذهب من المذاهب الفقهية .

أما فيما يخص القانون المصري فقد اعتبر الولي شرطا من شروط عقد الزواج على أساس أن القانون المصري يأخذ بالرأي الراجح لدى المذهب الحنفي فيما لم يرد بشأنه نص، وهو المعمول به، كما أعطى القانون المصري للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرا كانت أم ثيبا أن تزوج نفسها بنفسها طالما راعت حق الأولياء في الزواج من كفء وبمهر المثل، وبالتالي فان قانون المصري لا يقيم على المرأة البالغة الراشدة ولاية الإجبار وإنما تثبت عليها ولاية الاختيار أي ولاية الندب والاستحباب[3].

أما بالنسبة للصغار سواء كان ذكورا أو إناثا[4]، فتثبت ولاية الإجبار على الصغيرة سواء أكانت بكرا أم ثيبا، ومن هنا فإن الولي هو الذي يقوم بتزويج الصغار ذكورا كان أو إناثا ويكون هذا الزواج نافذا في حقهم دون التوقف على رضاهم وذلك أخذا بالرأي الراجح في المذهب الحنفي.

---

[1] عبد الله السوسي التناني، المرجع السابق – مدونة الأسرة المغربية – ص ٥٩.

[2] المادة ٢٤ ، ٢٥ من مدونة الأسرة المغربية، لسنة ٢٠٠٤.

[3] د. جابر عبد الهادي، المرجع السابق – أحكام الأسرة – ص ٢١٧.

[4] ونفس الحكم بالنسبة للمجانين أو المعاتيه.

وفي الأخير يمكن القول بأن القانون الجزائري والمغربي والمصري اعتبروا أن الولي شرط من شروط عقد الزواج، كما اتفقوا على أن المرأة الراشدة البالغة يمكنها أن تزوج نفسها بنفسها، إلا أنهم اختلفوا في ولاية القاصرة حيث يرى القانون الجزائري والمغربي أنها تثبت عليها ولاية الاختيار بخلاف القانون المصري الذي يرى أنها تثبت عليها ولاية الإجبار، كما اختلفوا بشأن مسألة الكفاءة في عقد الزواج ففي القانون الجزائري والمغربي لم ينصا على ذلك، أما في القانون المصري فيشترط الكفاءة في عقد الزواج أخذا بالرأي الراجح لدى الحنفية الذين يشترطون الكفاءة في عقد الزواج، كذلك هناك اختلاف من حيث توجيه الخطاب لولاية الصغار ففي القانون الجزائري اقتصر على الإناث دون الذكور وذلك من خلال المادة ١٣ بخلاف القانون المغربي والمصري اللذين ينصان على ولاية الصغار سواء كانوا ذكورا أو إناثا.

وأخيرا نود أن نشير إلى أن قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ في مادته ١١ فقرة أولى، جعل الولي في حق المرأة الراشدة غير معتبر قانونا حيث إنه إذا غاب لا يشترط حضوره، وإذا حضر لا يستشار ولا فضل لحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته فهو بمثابة الشاهد فقط. وذلك من خلال عبارة "**أي شخص تختاره**" حيث يستحسن أن تعدل بعبارة "**والقاضي ولي من لا ولي له**" وهو ماكان معمولا به في القانون رقم ٨٤-١١، وهو ما عملت به جميع المذاهب الفقهية، وجل التشريعات العربية، لأن عبارة "**أي شخص آخر تختاره**" تعني أنه لا يصبح للولي أي مدلول.

الفرع الثالث

الصداق في عقد الزواج

شرع الإسلام الصداق تكريما للمرأة وبيانا لنية الرجل على شراء مودتها وحسن التقرب منها لبناء الأسرة، ولقد قامت الأدلة من الكتاب والسنة على وجوبه وهذا ما أكده قانون الأسرة الجزائري من خلال المواد (١٤ – ١٥ – ١٦ – ١٧)، ومن هنا سنتناول الصداق من خلال النقاط الآتية:

١ـ تعريف الصداق:

أ – لغة: الصداق في اللغة مشتق من الصدق ويراد به مهر المرأة[1].

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق – لسان العرب، الجزء العاشر – ص ١٩٣، ١٩٧.

ب – إصطلاحا: بفتح الصاد وكسرها: ماوجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا كرضاع ورجوع شهود، سمي بذلك لاشعار بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في ايجاب المهر، ويجمع جمع قلة على أصدقة، وجمع كثرة على صدق، وله ثمانية أسماء مجموعة في قول الشاعر: صداق و مهر نحلة و فريضة حباء وأجر ثم عقر علائق[1].

أو هو ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها، هو اسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل بعقد النكاح، فهو حق خالص للمرأة تستحقه مقابل قبولها عقد النكاح وتسليمها نفسها للرجل والانتقال إلى بيت الزوج[2]. وبخصوص تقرير وجوبه على الزوج قوله تعالى " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة "[3]، ومن السنة النبوية عن أبي سلمة بن عبد الرحمان أنه قال سألت عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كم كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم،" قالت كان صداقه لأزواجه ثنتى عشرة أوقيّة ونشاً قالت أتدرى ما النّش قال قلت نصف أوقيّة فتلك خمسمائة درهم فهذا صداق رسول صلى الله عليه وسلم لأزواجه "[4].

وعرفته المادة ١٤ من قانون الأسرة الجزائري بقولها " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء" .

٢– **حكمه**: يرى المالكية أن المهر شرط من شروط صحة النكاح، وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه، **لقوله تعالى** " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة، وقوله تعالى" فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن الجورهن"[5]. وذلك لأن المهر حق للمرأة يجب على الرجل دفعه عاجلا، أو يثبت عليه في ذمته كدين من الديون، فلو تزوجها بشرط ألا مهر لها فقبلت فيفسخ العقد إن وقع مثل ذلك، ولكن يجوز ترك التسمية أو السكوت عليه وعدم تحديده، لأنه يمكن اللجوء إلى مهر المثل في هذه الحالة. أما الحنفية والشافعية والحنابلة[6]، فيرون أن المهر هو حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من آثاره وليس ركنا من أركانه، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى" لا

---

[1] الشربيني، المرجع السابق – مغني المحتاج، الجزء الثالث – ص٢٢٠.

[2] د. داودي عبد القادر، المرجع السابق – الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية – ص ١٤٠.

[3] سورة النساء، الآية٠٤.

[4] الامام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابوري أبو الحسين حافظ بشرح النووي، صحيح مسلم، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة، كتاب الشعب، القاهرة، المجلد الثالث، ص٥٨٥.

[5] ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد والمقتصد، الجزء الثاني – ص١٥.

[6] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٤٠٦.

جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن، أو تفرضوا عليهم فريضة "[١]، فـالله سـبحانه وتعالى رفع الجناح عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه، والطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، ومن هنا يتضح أنه يجوز النكاح بلا تسمية[٢]، ويجب للزوجة على زوجها مهر المثل بمجرد العقد إذا لم يسم لها المهر، وفي ذلك يقول الحنابلة" ويستحب أن لا يعرى النكـاح عـن تـسمية الصداق لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج، فلم يكن يخلى ذلك من صداق"[٣].

بعد عرض أدلة الفريقين يظهر لنا ترجيح الرأي جمهور الفقهاء(الحنفية، الشافعية، الحنابلـة) والذين اعتبروا أن الصداق حكم من أحكام الزواج، وليس ركنا من أركانه، وذلك لقوة أدلتهم، وسـبب ترجيحنا هو أنه إذا تم الزواج بدون صداق، فإن عقد الزواج لا يبطل وإنما تعطى الزوجة صداق مثلها. ومن هنا يمكن اعتبار أن الصداق ليس ركنا وإنما حكما من أحكامه.

٣- مقدار المهر: اتفق الفقهاء على عدم تحديد أكثر قيمة المهر، وأنه يصح بكل ما تراضـى عليه الطرفان مهما كان كثيرا لقوله تعالى " وءاتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا"[٤]، ولكن يستحب للرجل وللمرأة على السواء أن لا يبالغا في مقدار المهر بالزيادة وعدم التشديد على الأزواج بالمغلات في المهر كما هو معروف بين الناس اليوم يؤدي في غالب الأحيـان إلى الإعراض عن الزواج، وليس ذلك في مصلحة المرأة .

أما في الحد الأدنى للمهر فقد اختلف فيه الفقهاء، فقد ذهب الحنفية والمالكيـة إلـى تحديد أقل الصداق، إلا أنهم اختلفوا في الحد الأدنى، **فالحنفية** يرون أن أقل المهـر عـشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم[٥]، بينما **المالكية** قدروه بربع دينار ذهبي أو ما يعادله مـن الفضة والمقدرة بثلاثة دراهم فضية[٦]، أما **الشافعية** فذهبوا إلى القول أن أقل الصداق، هـو أقل ما يتمول به الناس أي أقل ما له قيمة عند الناس ويمكن أن يسد بعض حاجاتهم عرفـا،

---

[١] سورة البقرة، الآية ٢٣٦.

[٢] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٤٠٧.

[٣] ابن قدامة، المرجع السابق – المغني، الجزء السادس – ص٦٨٠.

[٤] سورة النساء، الآية ٢٠.

[٥] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الثاني – ص ٤٠٩.

[٦] أي ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة، يعني دراهم الكيل فقط في المشهور وقيـل أو ما ساوى ذلك. ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني – ص١٥.

وإن كانوا يستحبون أن يكون مقداره ما يساوي خمسمائة درهم[1]، أما **الحنابلة** فقالوا انه ليست لأقله حد، وكل ما يجوز أن يكون ثمنا لشئ جاز أن يكون صداقا[2].

ولذا نقول بأن عقد الزواج لا بد فيه من مهر سواء تمت تسميته في العقد أم لا، وهذا المهر لا تحديد لأكثره كما لا تحديد لأقله، ويصح أن يكون أي شئ، مما يدخل في معاملة الناس كأن يكون خاتما أو جهازا أو نقودا ونحو ذلك، وهذه المقادير تختلف من منطقة إلى أخرى ومن بلدة إلى آخر كما أن أحوال الناس تختلف بحسب الأعراف ومستوى المعيشة.

٤ـ أنواع الصداق (المهر): للمهر نوعان وهما:

أ – **المهر المسمى**: وهو المهر المتفق عليه عند العقد أو بعده، ويستحب تسميته عند العقد وذلك من أجل تجنب الخلاف والنزاع، ويجب المهر المسمى للمرأة بشرطين أن يكون العقد صحيحا والمسمى من المهر يصلح لأن يكون مهرا.

ب – **مهر المثل** : وهو مهر مثل المرأة من قوم أبيها، كأختها أو عمتها تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء سنا وجمالا ومالا ودينا ونحو ذلك من الصفات، وإن لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها بما ذكرنا من الأوصاف اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثلها من أسرة كأسرة أبيها[3]، وأصل هذه التسمية قول ابن مسعود رضي الله عنه " لها مهر مثل نسائها"[4]، ومن الحالات التي تستحق فيها المرأة صداق المثل كما هو الحال في نكاح الشغار ، أو الدخول بشبهة، أو في حالة الدخول على المرأة بالعقد عليها على أن لا مهر لها.

وأما ما يصلح أن يكون مهرا فهو كل مال مقوم معلوم نقدا كان أو منقولا قيميا أو مثليا أو كان منفعة يمكن تقديرها بمال، ويشترط أن تكون من الأمور المباحة والمشروعة فلا يصح أن تكون من الحرام لأن القصد من الزواج هو الحلال ولا سبيل إلى ذلك إلا بالحلال.

٥ـ موقف المشرع الجزائري من الصداق

لقد عالج المشرع الجزائري مسألة الصداق في المواد (١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٧) من قانون ٨٤-١١، ففي المادة ١٤ أجاز أن يكون الصداق نقودا أو أي شئ مباح شرعا، أما

---

[1] الشافعي، الأم، دار المعرفة بيروت، ط٢، ١٩٧٣، الجزء الخامس، ص ٥٨.

[2] ابن قدامة، المرجع السابق – المغني، الجزء السادس– ص٦٨٠.

[3] د. كمال إمام، المرجع السابق – الزواج في الفقه الإسلامي – ص ١٥٦.

[4] سنن ابن ماجة، كتاب النكاح باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها ويموت على ذلك، الجزء الأول، ص ٦٠٩.

المادة ١٥ من القانون نفسه، فقد نصت على وجوب تحديد الصداق في العقد سواء أكان هذا الصداق معجلا أو مؤجلا وذلك بقولها " يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

- أما المادة ١٦ فنصت على أن " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". ما يتضح لنا من نص هذه المادة أن الزوجة تستحق المهر بمجرد إتمام العقد، ويتأكد هذا المهر بالدخول الحقيقي بالزوجة والخلوة الصحيحة معها، كما تستحق الزوجة المهر كله إذا توفى زوجها حتى لو قبل الدخول وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ ١٩٨٧/٠٣/٠٩ بقولها " من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفى الزوج قبل الدخول يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق، فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

كما تستحق الزوجة نصف المهر بجملة من الشروط:

١- أن يكون عقد الزواج صحيحا.

٢- أن يكون المهر المسمى (تسمية صحيحة).

٣- أن يكون الطلاق قبل الدخول وبسبب من الزوج.

ودليل على ذلك قوله تعالى " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقد النكاح "[2]، والحكمة في ذلك هي أن الزوج هو سبب الفرقة، وهي لم تمانع في تمكينه من استيفاء حقه، وكان هذا من شأنه أن يوجب كل المهر، وبما أن حال الزوجة بكرا ولم تتغير بعد الفرقة عما كانت عليه

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٨٧/٠٣/٠٩، ملف رقم ٣٥٣٠١، المجلة القضائية، عدد٣، ص ٦٦.

[2] سورة البقرة، الآية ٢٣٧.

قبل العقد، اقتضت عدم استحقاقها شيئا من المهر وبين هذا وذاك وفق الشارع الحكيم بين الوجهتين وراعى الجانبين وأوجب على الزوج لزوجته نصف المهر.

أما المادة ١٧ من القانون نفسه فتعرضت لمسألة النزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وذلك بقولها " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين". ففي حالة النزاع قبل الدخول بأن تدعي الزوجة عدم التسمية، أوعدم القبض، ويدعي الزوج خلافها، فيطالب بالبينة على دعواه، وإلا صدقت الزوجة بعد تحلفيها إن كانت هي المدعية أو ورثتها، أما إذا كان النزاع بعد الدخول فالكلمة للزوج أو ورثته بعد تحليفهم.

ومن هنا يمكننا القول بأن المنازعات التي تحدث بين الزوجين أو ورثتهما بشأن المهر تخضع للقواعد العامة للإثبات، كتقديم البينة بالكتابة، والشهود، والقرائن، وتطبيق القاعدة المعروفة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والمسألة تقديرية للقاضي، فيحكم فيها للزوج أو للزوجة بحسب طبيعة الأشياء، فمن الأشياء ما لا يصلح سوى للنساء، فيقضي لها بها، ومن الأشياء ما يختص بها الرجل دون النساء فيقضي له، أما الأشياء المشتركة فتخضع للإثبات أو اليمين.

وباستقرائنا للمواد السابقة نلاحظ أن المشرع استطاع أن يتعرض لمعظم أحكام الصداق في الشريعة الإسلامية، بل أنه وفق في تقنين أحكامه من حيث تعريفه وتكييفه وضرورة تحديده، وكيفية الفصل في النزاعات المتعلقة به، كما أنه لم يتطرق إلى النكاح التفويض[1]، وإلى أحكام الخلوة وهل هي موجبة للصداق، كما أن المشرع أشار في المادة ٣٣ من قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ أنه لا صداق إذا تم الفسخ قبل الدخول مع تخلف الولي أو شاهدين، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، إلا أنه لم يتطرق إلى الحالات التي يسقط فيها الصداق بالتفصيل.

وما نراه أن المشرع الجزائري كانت أحكامه متناقضة في مسألة الصداق فتارة يعتبره ركنا بموجب المادة ٠٩ من قانون ٨٤-١١، وتارة أخرى يعتبره شرط صحة يترتب عليه فسخ عقد الزواج قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا لنص المادة ٣٣

---

[1] هو نكاح يتم فيه العقد بدون ذكر الصداق وهو جائز وذلك لقوله تعالى" لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن وتفرضوا لهن فريضة ". سورة البقرة، الآية ٢٣٦.

من القانون نفسه. إلا أن التعديل الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ أعطى موقفا صريحا واعتبر الصداق شرطا لا بد من توفره في عقد الزواج، وذلك من خلال المادة ٠٩ مكرر بقولها " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:... الصداق...".

كما أن المشرع أضاف فقرة ثانية للمادة ١٥ من قانون ٨٤-١١ وأصبحت المادة ١٥ المعدلة تنص على أن " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

ما يتضح لنا أن المادة ١٥ المعدلة جاءت لإكمال النقص الذي كان موجودا في حالة عدم تسمية الصداق وتحديده في العقد، فإن المرأة تستحق صداق مثيلاتها من أقاربها وأهل بلدها كما هو متعامل به عرفا ووفقا لأحكام الشريعة.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير لم يجعل حدا معينا ينتهي إليه أقل الصداق ولا أكثره، بل ترك ذلك لتراضي الطرفين، فكل ما اتفقا عليه يصلح أن يكون مهرا، علما أن مسألة الحد الأدنى في الصداق لدى أغلب المجتمع الجزائري تفوق ما ذكره الفقهاء خاصة إذا عرفنا أن كل ما يقدم للمرأة مما كان على وجه الشرط يعتبر من مكونات المهر من نقود وحلي ولباس وتكاليف العرس وغيرها من العادات المنتشرة في المجتمع والتي تأخذ طابع الإلزام على الرجل[1].

أما في القانون المغربي فقد نصت المادة ١٣ من مدونة الأسرة المغربية بقولها " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:...عدم الاتفاق على إسقاط الصداق...".

ما نستخلصه من نص هذه المادة أن القانون المغربي اعتبر أن الصداق شرط من شروط التي يجب توفرها في عقد الزواج، كما أنه اشترط عدم إسقاط الصداق وذلك لأن الصداق عند المالكية شرط كمال في العقد، وشرط صحة في الدخول، والاتفاق على إسقاطه مفسد للنكاح. كما أن القانون المغربي تناول مسألة الصداق في المواد من ٢٦ إلى غاية المادة ٣٣ من مدونة الأسرة المغربية حيث نصت المادة ٢٧ بقولها :" يحدد الصداق وقت إبرام العقد وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض، وإذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين".

---

[1] د. داودي عبد القادر، المرجع السابق – الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية – ص ١٥٠.

ما يتضح لنا من تحليل هذه المادة أن القانون المغربي ألزم علـــى وجـــوب تحديـــد الصداق وقت إبرام عقد الزواج، كما أنه نص على نكاح التفويض وذلك في حالة سكوت عن تحديده، كما أنه نص على حالة التنازع في صداق نكاح التفويض، وذلك لسكوت المتعاقـــدين على الصداق أثناء إبرام العقد وعدم التعرض له نهائيا، مما قد يشكل حدوث النـــزاع بـــين الزوجين بعد البناء، ومن هنا فإن الفيصل في ذلك هو العرف، ويرجع صداقها إلى صـــداق مثلها حتى لا تظلم الزوجة في الأخذ، ولا يظلم الزوج في الأداء، كما نص فـــي المـــادة ٢٨ على أن يصح الصداق بكل شيء مباح شرعا وأنه حق للزوجة تتصرف فيه كيفمـــا شـــاءت وذلك من خلال المادة ٢٩ من مدونة الأسرة المغربية[1].

كما نص على أنه يجوز تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مـــسمى وذلـــك باتفـــاق الزوجين سواء أكان الصداق كله أو بعضه وذلك من خلال المادة ٣٠، أما المـــادة ٣٢ فقـــد نصت على موجبات الصداق فبينت متى تستحق الزوجة الصداق كاملا ومتى تستحق نصفه ومتى لا تستحق الزوجة الصداق ، كما نص على اختلاف الزوجين في قبض الصداق فالقول قول الزوجة قبل البناء، أما بعد الدخول فالقول للزوج .

أما في القانون المصري فيأخذ بالرأي الراجح لدى المذهب الحنفي بالنسبة لما يتعلق بالصداق.

و أخيرا يمكن القول بأن القانون الجزائري والمغربي والمصري اعتبروا أن الصداق شرط من شروط عقد الزواج وهو قول الحنفية، إلا أن هناك اختلافا بسيطا يكمن في حالـــة التنازع في الصداق في النكاح التفويض فالقانون الجزائري لم ينص على ذلك بخلاف القانون المغربي والمصري اللذين ينصان على الصداق في نكاح التفويض.

أما باقي الشروط والمتمثلة في "**الشهادة**" و "**انعدام الموانع الشرعية للزواج**"، فقد تناولتهـــا كتب الفقهية القديمة والحديثة ولا داعي لتكرار، وإنما ما نود أن نبينه هو أن قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ كان يعتبر أن **الشهادة** ركن من أركان الزواج ، لكنه تراجع عن ذلك واعتبـــر **الـــشهادة** شرطا من شروط عقد الزواج، وذلك من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ في المـــادة ٠٩ مكرر منه بقولها " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتيـــة : **شـــاهدان، انعـــدام الموانـــع الشرعية للزواج** ". وهو ما ذهب إليه القانون المغربي في مادته ١٣ من مدونة الأسرة المغربية بقولها

[1] تنص المادة ٢٩ بقولها " الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولاحق للزوج فـــي أن يطالبهـــا بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه".

" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:" سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه انتفاء الموانع الشرعية ".

وهو كذلك ما أخذ به القانون المصري الذي يعتبر أن **الشهادة وانعدام الموانع الشرعية للزواج** شرطان من شروط عقد الزواج، وذلك لأنه يأخذ بالرأي الراجح لدى الذهب الحنفي الذي يعتبر أن **الشهادة**، و**انعدام الموانع الشرعية للزواج** من شروط عقد الزواج[1].

وفي الأخير يمكن القول بأن قانون الأسرة الجزائري المعدل أخذ بما هو معمول به في معظم التشريعات العربية وذلك باعتبار أن الركن الوحيد لعقد الزواج هو **الرضا** أي **الصيغة**، وهو القول الراجح لدى **الأحناف**، ومن هنا يمكن القول بأن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية فيما يتعلق بالأركان وشروط عقد الزواج تاركا المذهب المالكي الذي كان معمولا به في الجزائر من قبل.

وما يمكن ملاحظته أن هناك اختلافا بسيطا بين قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر ٠٥-٠٢ والمذهب الحنفي وذلك بالنسبة لشروط عقد الزواج، فالحنفية يشترطون بالإضافة إلى الشروط السابقة شرطا آخر وهو الكفاءة بين الزوجين وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري ضمن شروط عقد الزواج، بخلاف القانون المصري الذي يأخذ بالرأي الراجح لدى الذهب الحنفي في كل ما يتعلق بالنسبة لمسألة الأركان وشروط عقد الزواج.

المبحث الثاني
التعديلات المتعلقة بالأحكام الإجرائية لعقد الزواج

إلى جانب التعديلات الجديدة فيما يخص الجانب الموضوعي لعقد الزواج فإن المشرع نص على أحكام جديدة كذلك فيما يتعلق بالجانب الإجرائي.

وقد شملت هذه التعديلات تسجيل عقد الزواج إضافة إلى الاشتراط و الوكالة، وهو ما سنحاول تفصيله من خلال ثلاثة مطالب، يتضمن المطلب الأول إجراءات تحرير و تسجيل و إثبات عقد الزواج، أما المطلب الثاني يحتوي على الاشتراط في عقد الزواج، بينما نتناول في المطلب الثالث الوكالة في عقد الزواج.

---

[1] بخلاف المالكية الذين يعتبرون أن الشهادة للإعلان، أما بالنسبة للانعدام الموانع الشرعية فهم يعتبرونها من شروط العاقدان، الذي هو ركن من أركان عقد الزواج لدى المالكية.

المطلب الأول
تحرير وتسجيل وإثبات عقد الزواج في القانون الأسرة الجزائري

إن مسألة تسجيل عقد الزواج لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية، ولم يتطرق إليها الفقهاء قديما نظرا لانعدام نزاعات إنكار الزوجية بسبب وجود الوازع الديني الذي كان يمثل أحسن ضمانة لاحترام الحقوق المتبادلة بين الزوجين، فكان إبرام عقود الزواج يتم عرفا وبالفاتحة فقط وذلك بحضور الشهود وأمام جماعة من المسلمين[1]، فالعقد العرفي أو ما يعرف بالزواج بالفاتحة هو عقد صحيح تترتب عليه آثاره لكونه يتوفر على جميع الأركان إلا أنه غير مسجل، وكان هو المعمول به قديما بسبب الثقة بين الزوجين أو بين أسرتيهما، إلا أنه ونظرا لقلة الوازع الديني وكثرة الخيانات والتنكر لحقوق الطرفين فإن فقهاء العصر الحديث يرون ضرورة تسجيل عقد الزواج، وذلك حفظا للحقوق وتفاديا لظاهرة الجحود بين الزوجين، ودليلهم في ذلك المصالح المرسلة التي تعد مصدرا خصبا لتشريع الأحكام المستحدثة بناء على قاعدة – أينما وجدت المصلحة فثم شرع الله – ووجوب تسجيل عقد الزواج، ومنع الزواج غير المسجل ليس لعدم شرعيته أو لعدم صحته، وإنما سدا للذرائع وإنكار الزوجية. ومن هنا سنحاول تفصيله في هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول
الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج وشروط تسجيله

متى استكمل عقد الزواج أركانه وشروطه كان صحيحا، لكنه لا يتمتع بحماية القانونية إلا إذا تم الإعلان عليه أمام الموظف المختص، سواء كان أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام موظف رسمي (الموثق). وهذا ما سنتناوله من خلال النقاط التالية:

أولا: الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج

عملا بنص المادة ٢١ من قانون الأسرة فإنه تطبق أحكام قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقد الزواج وبمقتضى المادة ١٨ من قانون ٨٤-١١[2]، والمعدلة بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ والتي تنص" يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين ٠٩ و ٠٩ مكرر من هذا القانون"، كما تقتضي المادة ٧١ من

---

[1] د. بلحاج العربي، المرجع السابق – الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص١٤١.

[2] تنص المادة ١٨ من قانون ٨٤-١١ على أن" يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة ٩ من هذا القانون".

قانون الحالة المدنية بأن ضابط الحالة المدنية أو القاضي(الموثق) المختص بتحرير عقد الزواج هو الذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، هذا إذا كان انعقاد الزواج داخل الوطن، أما إذا انعقد في الخارج فيحرر العقد موظفون دبلوماسيون أو القنصليون، أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية[1].

ومن خلال قراءة هذه النصوص وتحليلها تحليلا مختصرا يتضح لنا أن المشرع الجزائري حصر وظيفة أو صلاحية تحرير وتوثيق عقود الزواج إلى شخصين وهما. الموثق(Le notaire) وضابط الحالة المدنية (بالبلدية)، فالموثق هو ضابط عمومي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيغة، وقد كان الموثق ينتمي إلى سلك الموظفين مساعدي القضاء ويخضع لسلطة النائب العام بموجب الأمر رقم ٩١/٧٠ المؤرخ في ١٩٧٠/١٢/١٥، وتم إلغاء هذا الأمر واستبداله بالقانون رقم ٢٧/٨٨[2]، الساري المفعول حاليا ابتداء من ١٩٩٠/٠١/٠١ حيث أنشأ مكاتب للتوثيق يمتد اختصاصها عبر كامل التراب الوطني، ويسير كل مكتب موثق يمارس مهنته لحسابه الخاص، مع تمتعه بالضبطية العمومية.

أما ضابط الحالة المدنية البلدية(officier d'état civil) فهو الموظف المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج وتسجيله، والذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو محل إقامة أحدهما، أما في الخارج فإن رؤساء البعثات الدبلوماسية ورؤساء المراكز القنصلية هم الذين يختصون بتحرير عقود زواج الجزائريين[3].

ثانيا: شروط تسجيل عقد الزواج

بالرجوع إلى المواد (٧٤، ٧٥، ٧٦) من قانون الحالة المدنية فإنه يجب على كل شخص أراد أن يبرم عقد زواج أن يقدم إلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختص بتحرير هذا العقد المستندات الآتية:

---

[1] المواد ٧٦،٩٦، ١٠٤ من قانون الحالة المدنية رقم ٧٠-٢٠، المؤرخ في ١٩٧٠/٠٢/١٩.

[2] المادة ٠٥ من القانون رقم ٢٧/٨٨ الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٠٧/١٢ المتضمن قانون التوثيق.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٣/٠٩/٢٨، ملف رقم ٩٦٢٣٨، (غير منشور)." من المقرر قانونا أن الزواج ينعقد في أي مكان في الأرض، وذلك أن مكان عقد الزواج لا يدخل ضمن أركان وشروط الزواج طبقا للقانون"، د. بلحاج العربي، المرجع السابق – قانون الأسرة مع تعديلات الأمر رقم ٠٥-٠٢ – ص ١٣٦.

١- شهادة ميلاد الزوج والزوجة المؤرخة بأقل من ثلاثة أشهر، فإن تعذر ذلك يجوز لهما تقديم وثيقة إشهاد مصدقة من قبل رئيس المحكمة، وبدون نفقة وعند الاقتضاء بعد كل التحقيقات الضرورية، سواء استنادا إلى تصريح مؤيد بيمين الطالب وثلاثة شهود، أو تقديم الوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني بالأمر كبطاقة التعريف الوطنية، أو الدفتر العائلي للأبوين وبإمكان الزوج تقديم الدفتر العسكري[١].

٢- شهادة الإعفاء من السن القانوني الذي نصت عليه المادة ٧ من قانون الأسرة[٢]، إذا تعلق الأمر بزواج رجل أو امرأة لم يكملا التاسعة عشر من عمرهما.

٣- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية وقد استلزمها القانون لمن لم يكن معروف السكن أو الإقامة لضابط الحالة المدنية أو الموثق[٣].

٤- دفتر عائلي إذا تعلق الأمر بشخص سبق له الزواج.

٥- رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري، إذا تعلق الأمر بزواج أحد العاملين بالجيش الوطني الشعبي أو الدرك الوطني ورجال الشرطة وموظفي الأمن الوطني[٤].

٦- أما بالنسبة للمرأة التي سبق لها الزواج، فإن كانت مطلقة إما أن تقدم وثيقة عقد زواج متضمنة لبيان الطلاق، وإما نسخة من الحكم أو القرار القضائي الذي صار نهائيا، وإما أن تقدم الدفتر العائلي إذا كان يتضمن بيانا بالطلاق، وإذا كانت أرملة وجب عليها أن تقدم نسخة من وثيقة وفاة الزوج السابق، أو وثيقة ميلاده المشار فيها إلى وفاته[٥].

---

[١] نبيل صقر، أحمد لعور، الدليل القانوني للأسرة، المادة ٧٤ من قانون الحالة المدنية، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر ٢٠٠٦، ص ١٦٩، ١٧٠.

[٢] تنص المادة ٠٧ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ على أنه" تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام ١٩ سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...".

[٣] المادة ٧٥ من قانون الحالة المدنية.

[٤] جاء بيان ذلك في المرسوم رقم ٨٣-٨١ في ١٩٨٣/٠٨/١٣ والمتعلق بالقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني، والمنشورين الصادرين عن وزارة العدل والمتعلقين بزواج أفراد الجيش الوطني الشعبي والدرك الوطني، الأول رقم ٣٢٩ بتاريخ ١٩٦٧/٠٦/١٣، والثاني رقم ٣٦٤ بتاريخ ١٩٦٨/٠٦/٢٥.

[٥] المادة ٢/٧٥ من قانون الحالة المدنية.

٧- إذا تعلق الأمر بزواج أجنبي يقيم في الجزائر بصفة مؤقتة أو دائمة، فيجب أن يقدم زيادة على المستندات التي تثبت أهليته للتعاقد وفقا لقانون بلاده رخصة بالزواج يمنحها له والـي الولاية التي يقيم بها، وذلك بعد أخذ رأي مصالح الأمن بالولاية إثر تحقيـق شـامل حـول وضعية الأجنبي وظروف إقامته ولا تسلم الرخصة إلا بعد رأي مصادق عليه ومؤيـد مـن مدير الأمن بالولاية، ومن جهة أخرى توصي ضابط الحالة المدنية بأن لا يحـرر أي عقـد زواج يكون أحد طرفيه أو كلاهما أجنبيا إلا بعد استظهار رخصة صادرة عن الوالي[١].

٨- وقد أضاف التعديل الأخير شرطا آخرا في مادة السابعة مكرر من قانون الأسرة، يتمثل في إلزام طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر مـن إجـراء الفحوصات، تثبت خلوهما من الأمراض المعدية، ومن أي عامل قد يشكل خطرا يتعـارض مع الأغراض الأساسية للزواج مثل: أمراض السيدا أو الإيدز، ومثل العقـم وغيـره مـن الأمراض المانعة للإنجاب، وعلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقـد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

إلا أن المشرع الجزائري نص صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة ٠٧ مكرر مـن قانون الأسرة على أن شرط وكيفيات تطبيق هذه المادة يتم تحديـدها لاحقـا عـن طريـق التنظيم[٢]، ونحن نأمل أن لا يطول صدور هذا التنظيم.

الفرع الثاني
إجراءات تسجيل عقد الزواج وإثباته

سنتناول في هذا الفرع إجراءات تسجيل عقد الزواج، ثم نبين بعد ذلك كيفية إثبـات عقد الزواج.

أولا: إجراءات تسجيل عقد الزواج

تنص المادة٢١ من قانون الأسرة، على أن تطبق أحكام قانون الحالة المدنية فيما يتعلق بإجراءات تسجيل عقد الزواج.

---

[١] انظر في ذلك منشور صادر عن وزارة الداخلية رقم ٠٢ بتاريخ ١٩٨٠/٠٢/١١، عبـد العزيـز سـعد، المرجع السابق – قانون الأسرة في ثوبه الجديد – ص٦٢.

[٢] المادة ٧٠ مكرر من قانون الأسرة " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عـن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج....".

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية فإنه يجب على الموثق من أجل تسجيل الزواج التحقق من هوية المتعاقدين، ومن الوثائق التي اشترطها القانون وتأكده من تطبيق المادة ٠٩ و٠٩ مكرر من قانون الأسرة تطبيقا صحيحا، أي ضرورة توافر رضا الطرفين، وولي الزوجة والشاهدين والصداق وانعدام الموانع الشرعية، بعدها يقوم الموثق بتسجيل العقد في سجلاته المعدة لذلك، ثم يسجل للزوجين نسخة تسمى (بلفيف الزواج)[1]، ليقوم بعد ذلك بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام، من تاريخ تسجيل العقد لتسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال مهلة قدرها خمسة أيام ابتداءً من تاريخ استلامه الملخص، ثم يرسل للزوجين دفترا عائليا ويؤشر ببيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين[2].

أما إذا قام ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج في البلدية المختصة محليا، فإنه يسجل عقد الزواج في سجلاته فورا، ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج[3].

أما فيما يتعلق بالبيانات التي يتعين أن يتضمنها وثيقة عقد الزواج، فقد تضمنتها المادة ٧٣ من قانون الحالة المدنية والمادة ١٨ من قانون التوثيق وهي كالآتي:

١- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين.

٢- مهنة الأزواج وتوقيعاتهم.

٣- ألقاب وأسماء أبوي كل منهما.

٤- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود وتوقيعاتهم.

٥- الإعفاء من سن الزواج لمن لم يبلغ السن القانوني.

٦- الترخيص بالزواج لمن يشترط لهم القانون ذلك عند الاقتضاء.

---

[1] لفيف الزواج: هو الإشهاد يقدمه الموثق للزوجين للإثبات احتياطيا في حالة عدم استكمال الموثق إجراءات تسجيل أو لأي ظرف كان.

[2] المادة ٢/٧٢ من قانون الحالة المدنية.

[3] المادة ١/٧٢ من قانون الحالة المدنية.

٧- الإشارة لخضوع الطرفين للفحوصات الطبية وعلمهما بما قد تكشف عنه من الأمراض وعوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

وقد نصت المادة ٤٦ من قانون الحالة المدنية على أن العقد يبطل إذا كان تسجيله مزورا أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها، حتى لو كان العقد وكافة بياناته صحيحة شكلا، والقصد من ذلك هو إفراغ العقد المبرم في صورته الشكلية للإثبات[1]، ويعاقب الموظف المختص الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج بالعقوبات المنصوص عليها في المادة ٤٤١ من قانون العقوبات[2]. أما في حالة عدم تطبيقه للإجراءات المتعلقة بعقد الزواج فإنه يعاقب بغرامة لا يمكن أن تتجاوز ٢٠٠ دينار بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة بالفصل في المسائل المدينة طبقا لنص المادة ٧٥ من قانون الحالة المدني.

ثانيا: إثبات عقد الزواج

وفقا للقانون رقم ٨٤-١١ يتم إثبات عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية أو بحكم قضائي، وهوما نصت عليه المادة ٢٢ بقولها " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية". إلا أن هذه المادة لم تبق على حالها وإنما عدلت بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ وأصبح نصها كمايلي " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

---

[1] فضيل سعد، المرجع - شرح قانون الأسرة الجزائري - ص ١١٤.

[2] تنص المادة ٤٤١ من قانون العقوبات على ما يلي " يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من ١٠٠ إلى ١,٠٠٠ دج أو بإحدى هاتين العقوبتين:

١- ضابط الحالة المدنية الذي يقيد وثيقة للحالة المدنية في ورقة عادية مفردة و في غير السجلات المعدة لذلك، والذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج، و الذي يتلقى عقد زواج امرأة سبق زواجها و ذلك قبل مضي الميعاد الذي حدده القانون المدني، و تطبق أحكام هذه الفقرة حتى و لو لم يطلب بطلان وثائق الحالة المدنية أو لزوال البطلان...".

من خلال النصوص القانونية سالفة الذكر يثبت الزواج باستخراج نسخة من عقد الزواج وذلك لإثبات قيام عقد الزواج أمام الجهات المعينة[1]، كما يثبت الزواج بحكم قضائي إذا لم يقم الزوجان بإبرام عقد زواجهما، فيتعين على الزوجين استصدار حكم قضائي يثبت وجود عقد الزواج صحيح ويجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة باعتبارها حارسة النظام العام، وقد جاء بيان هذه الإجراءات في قانون الحالة المدنية، وتتلخص في تقديم طلب من الزوج إلى وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي انعقد الزواج في دائرة اختصاصها، وتفصل المحكمة المختصة في الواقعة بالإسناد إلى كل الوثائق والإثباتات المادية المقدمة، ثم ينطق بذلك الحكم ويؤشر في سجل الحالة المدنية المخصص لإثبات عقود الزواج وتقييدها بمعرفة ضابط الحالة المدنية[2].

وأخيرا يمكن القول أن إثبات عقد الزواج لا يتم إلا بإستخراج نسخة طبق الأصل من سجل الحالة المدنية تحمل خاتم البلدية التي تم فيها تسجيل العقد، وموقعة من ضابط الحالة المدنية المختص، دون رسوم ولا مصاريف، وذلك مصداقا لما نصت عليه المادة ٥٠ من القانون رقم ٦٣/٢٢٤ التي تشابه المادة ١٩٤ من القانون المدني الفرنسي.

أما القانون المغربي، فقد نص على الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج، في المادة ٦٥ من مدونة الأسرة المغربية بقولها "أولا: يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية، وهي:

١- مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل.

٢- نسخة من رسم الولادة ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية، إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج.

٣- شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزيري العدل والداخلية.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٧٥/٠٤/٢١، ملف رقم ١٢٠٢٩ (غير منشور) " من المقرر قانونا أنه لا يسوغ لأي شخص أن يدعي الزوجية مالم يثبت يعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية".

[2] المادة ٥١ من قانون الحالة المدنية.

٤- شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة.

٥- الإذن بالزواج في الحالات الآتية وهي:

- الزواج دون سن الأهلية.

- التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة.

- زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.

- زواج معتنقي الإسلام والأجانب.

٦- شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها.

ثانيا: يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على ملف المستندات المشار إليه أعلاه، ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط.

ثالثا: يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج.

رابعا: يضمن العدلان في عقد الزواج،تصريح كل واحد من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا؟ وفي حالة زواج سابق، يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه."

كما بينت المادتان (٦٧،٦٨) من القانون نفسه على مايتضمنه عقد الزواج، وكيفية حفظ هذا العقد في سجل معد لذلك لدى قسم قضاء الأسرة. وبعد تسجيل عقد الزواج تسلم نسخة إلى الزوجة ونسخة أخرى إلى الزوج وذلك من خلال المادة ٦٩ بقولها " يسلم أصل رسم الزواج للزوجة ونظير منه للزوج فور الخطاب عليه".

ومن هنا يتضح لنا أن هذه هي الإجراءات التي يجب إتباعها لإبرام عقد الزواج في القانون المغربي، وهي إجراءات تعتمد على العرف الصحيح والمصالح المرسلة، والهدف منها بناء الزواج على أسس قانونية متينة، تحقق مصلحة الزوجين والأولاد وتدفع عنهما ما

قد يحدث من مضار، ومن المعلوم ان العرف الصحيح والمصالح المرسلة من الأدلة الشرعية كما ثبت في أصول الفقه[1].

أما القانون المصري فقد نصت المادة ١٨ من لائحة المأذونين، الصادر بقرار وزير العدل في١٩٥٥/٠١/٠٤ بأنه " يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين ". والمقصود بالمأذون هنا هو المأذون الموجود بمحل إقامة الزوجين، أما في حالة اختلاف محل إقامة الزوجين فالمكلف بالتوثيق هو مأذون الجهة التي بها محل إقامة الزوجة، كما أنه يجوز للزوجين أن يختارا مأذونا آخر لتوثيق عقدهما، لكن يشترط لقيام هذا المأذون التوثيق عقد الزواج أن تقدم له الزوجة شهادة من محكمة الأسرة المقيمة في دائرة اختصاصها بعدم وجود مانع شرعي أو قانوني، أما إذا كان الزوجان مختلفي الديانة والجنسية فالجهة المختصة بالتوثيق هي الشهر العقاري[2].

ومن هنا يمكن القول أن المشرع المصري رغم اشتراطه لصياغة عقد الزواج في وثيقة رسمية إلا أن هذه الصياغة شكلية إثبات لا شكلية انعقاد.

وفي الأخير يمكن القول أن معظم التشريعات العربية تنص على إبرام عقد الزواج في وثيقة رسمية، وذلك من أجل الإثبات عند إنكار العلاقة الزوجية أمام القضاء.

المطلب الثاني
الاشتراط في عقد الزواج

لا تتوقف أهمية العقد على المصلحة التي يحققها الأطراف المنشئة له، بل إن أهميته تتجاوز ذلك إلى تحقيق المصلحة العامة التي يرمي الشارع إليها من خلال تمكينه الأفراد حرية التعاقد عموما، وليس هناك من يشكك أنه من الأسس التي تقوم عليها التشريعات الوضعية أو الشريعة الإسلامية هو الجمع بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للأفراد، وهذا المبدأ المستقر الثابت لا يمكن اختزاله على شأن من شئون الحياة، بل إنه يشمل جميع جوانبها على تنوعها واختلافها لذلك يبدو من المبرر أن نلحظ تدخل الشارع في كل ما يأتيه الفرد من أعمال ايجابية كانت أم سلبية منعا لاحتمال انحرافه عن المقاصد التي رسمها له، والأمر على النحو السابق يجري أيضا بالنسبة لعقود الزواج التي يراد منها إقامة علاقات أسرية مستقرة تحكمها المودة والرحمة والسكينة بين أطرافها.

---

[1] عبد الله السوسي التتاني، المرجع السابق – مدونة الأسرة – ص٢٥٦.

[2] محمد حجاري، نظام الإثبات في الأحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠٠٧، ص١٨٦.

وقد جعل الشارع لكل عقد حكما أصليا يطلق عليه مقتضى العقد أو غايته النوعية، ومقتضى عقد الزواج هي الحقوق التي تثبت لكلا الزوجين على صاحبه بحكم ذلك العقد المقدس[1]، كوجوب نفقة الزوج على زوجته وكسوتها والمبيت عندها، على أن للعقد من الأحكام ما ليس أصليا أي ما ليس من مقتضاه، بل هو تابع للحكم الأصلي كأن تشترط المرأة أن لا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من بلدها.

وإذا كانت آثار العقود الجعلية معروفة ومحصورة، فإنها قد تكون على وفق حاجة عاقدها ومقصوده وهو لا يحتاج إزاءها إلى تعديل آثارها عن طريق الاشتراط، وقد لا تكون تلك الآثار محققة وموافقة لحاجته، فإنه يحتاج إلى أن يعدل منها بما يحقق رغبته وغرضه زيادة أو نقصا، ويكون السبيل إلى ذلك هو الاتصال بهذه الآثار من حيث تعديلها عن طريق الشروط التقييدية المقترنة بالعقد.

والشرط التقييدي كما عرفه **الأستاذ الدريني** " هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا"[2].

وقد اختلف الفقهاء بشأن الاشتراط في عقد الزواج، ويعود سبب اختلافهم في ذلك ابتداء تحديد الضابط الذي يحكم الشروط المشروعة من غيرها، وفي هذا المطلب سيتم التطرق إلى فكرة الشرط المقيد لعقد الزواج وضوابطه في الفقه الإسلامي، وموقف المشرع الجزائري من مبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج.

الفرع الأول
الموقف الفقهي

إن إنشاء العقود هو من إرادة الأشخاص بما لهم من حرية التصرف فيما يملكون إن لم يخالفوا الحدود التي رسمها الشارع، أما عن حرية الأشخاص في تحديد آثار العقد التي تترتب بعد تكوينه فالفقه يكاد يجمع أنها من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين[3].

---

[1] الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق - الأحوال الشخصية - ص١٥٥.

[2] د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة بيروت، ط١، ١٩٩٤، الجزء الثاني، ص ٤١٤ .

[3] مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت لبنان، ط٩ ١٩٦٧- ١٩٦٨، الجزء الأول، ص ٤٧٣، الدريني، المرجع السابق- بحوث مقارنة، الجزء الثاني - ص ٤١١.

فالشارع هو الذي يحدد آثار كل عقد والأحكام المتعلقة به، ذلك أن العقود هي أسباب جعلية شرعية، وليست أسباب عقلية[1]، أو طبيعية[2]، ومبنى الحكم بأن العقود أسباب جعلية من عمل الشارع له مبرراته وغاياته إذ يقول الفقه " إن العقد سبب شرعي فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكوه إلى نتائج حقوقية يقرها بينهم "[3].

ولا ينكر أحد أن العاقد لا يأتي على تصرف إلا خدمة لمصلحة يقصدها ويرجو تحققها والأمر سيان لشريكه في العلاقة التعاقدية، فاحتمل بذلك المشاحنة والمشاحاة بين الطرفين وهذا قد يؤدي إلى أحد فرضين، إما عدم الاتفاق لتضارب المصالح نتيجة تمسك كل واحد منهما بتحقيق مصلحته دون مراعاة مصلحة الآخر، وإما الاتفاق ظاهرا مع احتمال رضوخ احدهما لإرادة الطرف الآخر دون طيب نفس منه، ولا جرم أن نتيجة الفرضين ليست مقصودة من قبل الشرع، فكان لازما أن يحدد سالفا الضابط الذي يحكم كل العلاقات التعاقدية وجعلت آثار العقد وأحكامه من عمل الشارع[4]. لكن لا يمكن للمتعاقد عموما، وأطراف العلاقة الزوجية على وجه الخصوص الخروج عن هذا المبدأ والاتصال بهذه الآثار من حيث تعديلها عن طريق الشروط التقييدية للعقد[5].

وللفقه الإسلامي اتجاهات بشأن هذه المكنة في الاتصال بآثار العقد عن طريق الاشتراط، فمنهم مضيق وآخر موسع، فالظاهرية يتجهون إلى القول بأن الأصل في الشروط المقيدة المقترنة بالعقد الحظر والمنع، ولا يجوز للمتعاقدين تقييد العقد بالشرط إلا إذا نص الشارع على جوازه أو قام الإجماع على ذلك[6]، ويترتب على هذا الرأي أن الإرادة لا

---

[1] الدريني، المرجع السابق – بحوث مقارنة، الجزء الثاني – ص ٤١٢. الشيخ علي الخفيف أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربية، مصر، ط١، ١٩٩٦ ص ٢٢٧.

[2] الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية – ص ٢١٧.

[3] مصطفى الزرقا، المرجع السابق – المدخل الفقهي العام، الجزء الأول – ص ٤٧٣.

[4] وينتج عما سبق، أن على الناس مراعاة الحدود التي رسمها الشارع للعقود عند إنشائها حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع، ولا ينالهم منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر، ولا يلزموا على غير رضا منهم واختيار، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقا إلى اقتراف ما نهي الله عنه، الشيخ علي الخفيف، المرجع – أحكام المعاملات الشرعية – ص ٢٢٧.

[5] الدريني، المرجع السابق – بحوث مقارنة، الجزء الثاني – ص ٤١٤.

[6] الشيخ ابن تيمية، الفتاوي الكبرى، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع، ص ٧٧.

سلطان لها في إنشاء العقود ولا في تحديد آثارها فهي لا تستطيع أن تنشئ عقدا أو تشترط شرطا لم يرد به نص، وهي مقيدة بعدد من الشروط التي أوجبها الشرع[1].

ومن الفقه من اعتبر أن الأصل في الاشتراط هو الحظر، فقالوا بمنع الإرادة من الاتصال بآثار العقد لكنهم استثنوا من هذا الأصل عدة شروط[2]، وصححوها وفق ضوابط معينة، جعلتهم يتعدون على رأي الظاهرية، ويمثل هذا الاتجاه الحنفية والشافعية وأكثر المالكية[3]، والذي نشير إليه أن هذا التوافق مع الظاهرية في الأصل لم تنسحب آثاره على الجانب التطبيقي لكل مذهب، فالشافعية والحنفية كانوا أكثر تضييقا وتشديدا في باب الاشتراطات مقارنة بالمالكية والحنابلة وأكثر توسعا من مذهب الظاهرية، أما المالكية فقد كانوا أكثر توسعا في أخذهم بقاعدة مقتضى العقد فاقتربوا من مذهب الحنابلة وإن كان أصلهما يختلف، يقول "**ابن تيمية**" في بيان هذا الاختلاف ذلك " أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود أكثر مما جوزه الشافعي، فقد يوافقونه في الأصل ويستثنون للمعارض أكثر مما استثنى، كما قد يوافق هو أبا حنيفة أكثر مما يستثني للمعارض، وهؤلاء الفرق الثلاثة يخالفون أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم، لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة رضي الله عنهم، ولما قد يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم"[4].

أما الفقه الحنبلي فقد توسع بقبول المشترطات العقدية في عقد الزواج، وذلك ضمن حدود وقواعد تضمن بها مصالح العاقد، ولا تنافي مقاصد الشارع. ومن هنا سنبين موقف الفقهاء على النحو التالي:

أولا: الحنفية: يقسم الحنفية الشروط المقترنة بالعقد إلى شروط صحيحة وشروط باطلة، وذلك كمايلي:

أ- **الشرط الصحيح**: وهي الشروط التي توافق مقتضى العقد ومقاصده، بأن تكون حكما من أحكام العقد، أو يؤكد مقتضاه، أو ورد به الشرع، أو جرى به العرف، كأن تشترط الزوجة

---

[1] محمد علي المحاقري، الإعفاء من المسئولية المدنية في القانون اليمني مقارنا بالقانون المصري، والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق ١٩٩٦، ص ٤١٥.

[2] أي الشروط المعتبرة التي تكون متفقة مع مقتضي العقد، كتقديم ضمان للمهر، أو ضمان للنفقة.

[3] الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق - أحوال الشخصية - ص ١٥٦.

[4] ابن تيمية، المرجع السابق - الفتاوي الكبرى، الجزء الرابع - ص ٧٧.

على زوجها ان ينفق عليها، او يحسن معاشرتها، و اشتراطه الا تخرج من بيته إلا بإذنه، وأن تدخل في طاعته، وألا تمنعه نفسها أو أن يتزوج عليها، فهذه شروط تكون ثابتة بمقتضى العقد سواء اشترطها أحدهما أو لم يشترطها.

وكذلك اشتراط أن يكون والد الزوج كفيلا بالمهر والنفقة، واشتراط أن يكون الطلاق بيدها إذا داع سبب له، فإن هذا الشرط يجيزه الشرع، وإن لم يكن من مقتضى العقد، وكاشتراط الزوجة بتعجيل نصف صداقها ونحو ذلك إذا جرى العرف بذلك[١].

ب- **الشرط الباطل:** فهو ذلك الشرط الذي يكون مناقضا لمقتضى العقد، أو لا يجيزه الشارع، فهنا يكون العقد صحيحا ويبطل الشرط، كأن يشترط الرجل على المرأة ألا يدفع لها صداقها، أو لا ينفق عليها، أو أن لا تنجب أولادا، أو أن تشترط المرأة طلاق ضرتها، أو أن لا يتوارثا، فمثل هذه الشروط عند الحنفية لا يجب الوفاء بها، لأنها منافية لمقتضى العقد، كما أنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل إنعقاده فلم يصح، كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فيبقى العقد صحيحا ويبطل الشرط[٢].

ثانيا: المالكية: يقسم المالكية الشرط في عقد الزواج إلى شرط صحيح وشرط باطل، وذلك كما يلي:

أ – **الشرط الصحيح:** يعد الشرط في عقد الزواج صحيحا عند المالكية إذا جاء موافقا لمقتضى العقد، أو إذا كان لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وفيه مصلحة لأحد الطرفين. والشرط الذي يقتضيه عقد الزواج هو الشرط الذي يعمل به ولم يُشْترط في عقد الزواج، لأنه ظاهر الصحة وليس اشتراطه إلا تأكيد، فوجوده كعدمه سواء، ومن ذلك شرط الزوج لزوجته أن ينفق عليها، أو يكسوها، أو يبيت عندها، أو يقسم لها أولا يؤثر عليها وكل مثل ذلك جائز لا

---

[١] الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس – ص١٦٩، ١٧٠.

[٢] كمال بن همام، شرح فتح القدير، طبعة دار إحياء التراث العربي، الجزء السادس، ص٧٧، ٧٨. ويلاحظ في هذا الصدد أن الحنفية ينظرون إلى الشروط الفاسدة في عقد الزواج غير النظرة التي ينظرون إليها في الشروط الفاسدة في المعاملات، فهي في البيع تفسد البيع، بينما في عقد الزواج لاتفسده.

يوقع خللا في العقد وذلك لقوله تعالى" وعاشروهن بالمعروف "[1]، ولا يكره اشتراطه، بل إنه يحكم به سواء شرط أو ترك[2].

الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه وفيه مصلحة للعاقد: هذا الشرط كما يقول **الشاطبي** هو مكمل لحكمة المشروط وعاضد لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال وهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما[3]. ومن الشروط التي يعتبرها المالكية محققة لمصلحة أحد العاقدين في عقد الزواج، وهي مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، أن تشترط المرأة أن لا يتزوج عليها، أو لا تسري عليها، أو لا يخرجها من بلدها، فإن النكاح مع هذا الشرط صحيح ولا يفسخ قبل ولا بعد الدخول ولا يلزم الوفاء بالشرط لما فيه من التحجير، وإنما يستحب لخبر " أحق الشروط أن توفوا بها ما أستحللتم به الفروج "[4]، وهذا ما لم يكن الزوج قد التزم تلك الشروط بيمين[5]، فالتزامه بتلك اليمين سواء علق بعينه بطلاق أو عتاق أو غيره من الأيمان التي تلزم، إلا أن الذي يحكم به عليه من ذلك الطلاق والعتق وأما ما يحلف به من اليمين بالله أو المشي أو غير ذلك، فإنه إن خالف ما حلف لها عليه حنث لكنه لا يحكم عليه بالكفارة[6].

ب – الشرط الباطل:

رأي المالكية بطلان الشرط المناقض لمقتضى عقد الزواج، ذلك أن هذا النوع من الشروط لا خلاف في بطلانه لأنه يخالف مقتضي العقد، وهو غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته، وهذا القسم من الشروط لا إشكال في ابطاله لأنه مناف لحكمة السبب، فلا

---

(1) سورة النساء، الآية ١٩.

(2) عليش فتح العلي المالك في الفتوى علي مذهب الامام مالك، دار المعرفة، الجزء الثالث، ص ٣٣٣، الدسوقي، المرجع السابق – حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، الجزء الثاني – ص ٣١٨، عبد السلام السميح، تذكرة الحكام في البحث في الوعد والالتزام، منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المملكة المغربية، ٢٠٠٣، ص ١٣١.

(3) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت لبنان، المجلد الأول، الجزء الأول، ص ٢٦٢.

(4) أبو محمد، المرجع السابق– سنن الدرامي، الجزء الثاني – ص١٤٣ ، وقد روي عن عقبة بن عامر الجهني قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إن أحق الشروط أن يوفى بها مااستحللتم به الفروج"، الامام ابن العربي، المرجع السابق– صحيح الترمذي، الجزء الخامس – ص٥٨.

(5) الباجي، المنتقي، دار الكتاب الاسلامي، الجزء الثالث – ص ٢٩٨ .

(6) الشاطبي، المرجع السابق– الموافقات، الجزء الأول، ص ٢٦٢، ٢٦٣.

يصح أن يجتمع معه[1]. ومن أمثلة الشروط الباطلة المناقضة لمقتضى عقد الزواج عند المالكية أن يشترط الرجل على المرأة أن لا يقسم لها، أو أن لا ينفق عليها، أو لا يكسوها، أو لا يعطيها ولدها، إن حصل فراق بينهما أو لا يأتيها إلا ليلاً، أو لا يطأها نهارا، أو أن لا إرث بينهما[2]، أو على إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح بينهما، أو شرطت عليه أن ينفق على ولدها أو شرطت زوجة الصغير أو السفيه أن نفقتها على الولي أو على أن أمرها بيدها متى شاءت أو على أن الطلاق بيد غير الزوج، فهذه الشروط وغيرها لا يجوز اشتراطها في عقد النكاح[3]، لأنها ضد مقتضاه ومقتضاه تأبد المواصلة واستكمال ملكه على منفعة البضع فلا يجوز أن يشترط ما يمنع ذلك[4].

واختلف المالكية إن وقعت مثل هذه الشروط بعقد النكاح، فقيل يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده. وقيل الفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، ويسقط الشرط، وهذا هو المشهور وقيل إن أسقط مشترط الشرط شرطه صح النكاح، وإن تمسك به فسخ[5].

ثالثا: الشافعية: يقسم الشافعية الشرط في عقد الزواج إلى نوعين، شرط صحيح وشرط باطل وهي كالآتي:

أ- الشرط الصحيح: هو الشرط الذي يوافق مقتضى عقد النكاح، والشروط الجائزة هي كأن يشترط أن يتزوج عليها، أو يسرى عليها، أو يسافر بها، أو يطلقها إن شاء، أو أن تشترط

---

[1] واختلف إذا كان لهما الخيار لهما أو لأحدهما اليوم واليومين والثلاثة، فمنعه في المدونة قال: لأنهما لو ماتا قبل أن يختارا لم يتوارثا. وقال اللخمي: ومراعاة الموت في خيار ثلاثة أيام نادر والنادر لا حكم له، وأيضا فالنكاح غير منعقد وحتى يمضي فلم يضر عدم الميراث، التاج والاكليل المختصر خليل، دار الكتب العلمية، الجزء الخامس، ص ٨٣.

[2] عليش، المرجع السابق- فتح العلي، الجزء الأول - ص ٣٣٣، ٣٣٤. أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، الجزء الثالث - ص ١٩٧.

[3] عليش، المرجع السابق - فتح العلي، الجزء الأول - ص ٣٣٣، ٣٣٤ . الخرشي ، المرجع السابق- شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، ص ١٩٧.

[4] الباجي، المرجع السابق - المنتقى، الجزء الثالث - ص ٣٣٦.

[5] الخرشي، المرجع السابق - شرح مختصر خليل، الجزء الثالث - ص ١٩٧.

عليه هي أن يقسم لها مع نسائه، أو أن يوفيها صداقها، أو ينفق عليها[1].

ب- الشرط الباطل: فهو ذلك الشرط الذي يخالف مقتضى العقد، كاشتراط ألا يتزوج عليها أوأن لايطأها، أو اشتراطه ألا ينفق عليها، فمثل هذه الشروط تسقط ويبقى العقد صحيحا لأنها منافية لمقتضى عقد النكاح و استدل الشافعية، لقوله صلى الله عليه وسلم" كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"[2].

رابعا: **الحنابلة:** يقسم الحنابلة أيضا الشرط التقييد في عقد الزواج إلى شرط صحيح وباطل وهي كالآتي:

أ – الشرط الصحيح: توسع الحنابلة في تعداد أنواع الشرط الصحيح بالمقارنة مع باقي المذاهب، ولا داعي في بيان أحوال الشرط الذي يقتضيه عقد الزواج فقد سبقت الإشارة إليه عند المالكية ويبقى أن نورد أحوال الشرط الذي فيه منفعة لأحد الزوجين.

يرى الحنابلة صحة اشتراط منفعة لأحد المتعاقدين في عقد النكاح ووجوب الوفاء به ومن ذلك لو تزوج الرجل على شرط أن لا يخرج المرأة من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها ولا يسرى عليها، فهذه الشروط يلزمه الوفاء لها بها، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح، وهذا الرأي الذي قال به الحنابلة ويروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والأوزاعي وإسحاق[3].

وقد استدل الحنابلة للقول بصحة الشرط الذي فيه منفعة للزوجة بما روى عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن " أحق الشروط أن توفوا به بما استحللتم به

---

[1] الشربيني، المرجع السابق – مغني المحتاج، الجزء الثالث – ص٢٢٦.

[2] حديث نقلا عن الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء السادس، ص٩١، وأصل هذا الحديث أن " بريرة" كانت امة رقيقة، فأرادت عائشة أم المؤمنين أن تشتريها وتعتقها، ومن المقرر شرعا بقول الرسول عليه السلام أن المولى إذا اعتق عبده يكون للمولى المعتق حق الولاء- أي حق الارث من عبده العتيق في مرتبة معينة من مراتب الميراث، ترغيبا في اعتاق الأرقاء- فأراد أصحاب بريرة أن يشترطوا على عائشة في البيع أن يكون ولاء بريرة لهم إذا هي اعتقها بعد الشراء، فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، فقال:" مابال قوم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل". مصطفى الزرقا، المرجع السابق – المدخل الفقهي العام- ص٥٥٤.

[3] ابن قدامة، المرجع السابق – المغني ويليه شرح الكبير، الجزء السابع – ص٤٤٨.

من الفروج"[1]. واعتبر الحنابلة ان قول جمع من الصحابة دون أن يعلم لهم مخالفا فيه عصرهم يعد اجماعا كذلك استدلوا بمقولة عمر بن الخطاب رضي الله عنه " مقاطع الحقوق عند الشروط ".

كذلك رأى الحنابلة أن مثل هذا لشرط للمرأة فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لا زما كما لو شرطت على الرجل زيادة في المهر أو غير نقد البلد[2].

ب – الشرط الباطل: يقسم الحنابلة الشرط الباطل إلى قسمين: شرط باطل يبطل معه العقد، وشرط باطل يسقط وحده ويبقى العقد معه صحيحا.

١– الشرط الباطل الذي يبطل معه عقد النكاح

يدرج الحنابلة تحت هذا الشرط شرط التأقيت والخيار وشبهه في عقد النكاح، فيرون أن شرط التأقيت أو الخيار أو غيرهما من شروط الباطلة المبطلة لعقد النكاح، ومن ذلك اشتراط جعل صداق المرأة تزويج وليها بامرأة أخرى، وهو ما يعرف بنكاح الشغار التي تعرف صورته بأن يُزوج الشخص وليته على أن يزوجه الآخر وليته، ولا مهر بينهما[3]، ووجه فساد هذا العقد أن كل واحد من العقدين جعل سلفا في الآخر، فلم يصح، كما لو قال: بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي وليس فساده من قبل التسمية بل من جهة أن أحدهما وافق الآخر على شرط فاسد، لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج، فإنه جعل تزويجه إياها مهرا للأخرى فكأنه ملكه إياها بشرط انتزاعها منه[4].

ومن ذلك تزوج الرجل المرأة على أنه متى أحلها للأول طلقها، وهو ما يعرف بنكاح المحلل، أو أن يتزوجها إلى مدة معلومة كانت أو مجهولة، وهو نكاح المتعة وكذلك لو علق ابتداء عقد النكاح على شرط كقول الولي: زوجتك ابنتي إذا جاء رأس الشهر أو إن رضيت أمها أو إذا رضي فلان أو زوجتها على أن لا يكره فلان، فسد العقد لأنه عقد معاوضة فلا

---

[1] سبق تخريجه.

[2] ابن قدامة، المرجع السابق – المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء السابع – ص٤٤٩.

[3] ابن قدامة، المرجع السابق – المغني ويليه شرح الكبير، الجزء السابع – ص٤٥١. المر داوي، الانصاف، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثامن، ص ١٦٢ , ١٦٤.

[4] منصور بن يوسف البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء الخامس، ص ٩٤

يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولأن ذلك وقف النكاح على شرط[1]. ويدخل تحت هذا النوع من الشروط أيضا ما لو قال زوجتك هذا المولود إن كان أنثى، أو زوجتك ابنتي، إن كانت أنقضت عدتها، أو إن لم تكن زوجت، ونحو ذلك من الشروط الحاضرة والماضية[2].

٢- الشرط الباطل الذي لا يبطل معه عقد النكاح

هناك جملة من الشروط عدها الحنابلة باطلة غير مؤثرة في صحة عقد النكاح وهي الشروط التي تسقط حقا يجب بالعقد في النكاح من ذلك[3]، أن يشترط الرجل على المرأة أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو إن أصدقها رجع عليها بما قدمه من صداق أو ببعضه، أو شرط لها أن يأتيها في النهار دون الليل، أو شرط عليها أن تنفق عليه أو تشترط المرأة على الرجل أن لا يطأها أو يعزل عنها، أو يقسم لها أقل من قسم ضرتها أو أكثر أو لا يكون عندها في الأسبوع إلا ليلة، أو أن تستدعيه لوطء عند إرادتها أو أن لا تسلم نفسها إليه إلى مدة كذا أو تشترط أن يسكن بها حيث شاءت أو حيث شاء أبوها أو حيث شاء غيره من قريب أو أجنبي، أو شرطها عليه أن ينفق عليها كل يوم ألف دينار مثلا.

ويرى الحنابلة[4]، أن هذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده أما عقد النكاح في نفسه فصحيح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به، فلم تبطله كما لو شرط في العقد صداق محرما، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد. ويروى ابن قدامة نصا عن أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل أسبوع ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى إلا ليلة وليلة، فقال لها أن تنزلى بطيب نفس منها، فإن ذلك جائز، وإن قالت لا أرضى إلا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه إن شاءت[5].

---

[1] المر داوي، المرجع السابق- الإنصاف، الجزء الثامن - ص ١٦٥، والبهوتي، المرجع السابق - كشاف القناع، الجزء الخامس - ص ٩٨.

[2] المر داوي، المرجع السابق- الإنصاف، الجزء الثامن - ص ١٦٦.

[3] ابن قدامة، المرجع السابق- المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء السابع - ص٤٥٠. والبهوتي، المرجع السابق- كشاف القناع، الجزء الخامس - ص ٩٩.

[4] ابن قدامة، المرجع السابق - المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء السابع - ص٤٥٠.

[5] ابن قدامة ، المرجع السابق - المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء السابع - ص٤٥٠.

أخيرا يتضح لنا اتفاق جمهور الفقهاء على صحة الشرط الذي يوافق مقتضى العقد ومقاصده، إلا أنهم اختلفوا في الشرط الذي لا يقتضيه العقد في اطلاقه، وما تبيّن لنا أن المذهب الحنبلي هو أكثر المذاهب سعة في استيعاب أحوال الاشتراط في الشروط التي لا يقتضيها العقد في إطلاقه، وفيها منفعة لأحد العاقدين، وأنها شروط لازمة، بمعنى ثبوت الخيار لشارطها عند عدم الوفاء بها ممن التزمها، وذلك لقوة أدلتهم، ومدى موافقة مذهبهم لروح الشريعة الاسلامية، وتأكيدها على وجوب الوفاء بالعقود والالتزامات المتعلقة بحقوق الآخرين، لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[1]. وفي ذلك يقول **ابن تيمية** ".. وإذا كان من اشترط شرطا في البيع فلم يحصل له، لم يلزمه البيع، بل له فسخه، فالنكاح أولى بذلك إذا اشترطت المرأة فيه شرطا ولم تحصل لها، كان لها حق الفسخ بطريق الأولى، لأن شأن الفروج أعظم من شأن المال"[2].

الفرع الثاني
موقف المشرع الجزائري

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا مادام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، وذلك تطبيقا للمبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين، وتماشيا مع قول الرسول صلى الله عليه وسلم " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أوأحل حراماً "[3].

وقد أجاز المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ حرية الاشتراط للزوجين في عقد الزواج وذلك من خلال نص المادة ١٩ بقولها " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون".

---

[1] سورة المائدة، الآية ٠١.

[2] ابن تيمية، نظرية العقد، طبعة دار المعرفة، بيروت، ص١٥٥.

[3] أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، بهذا اللفظ بزيادة الجملة الأولى وهي" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين المسلمين، رقم ١٣٥٣، الجزء الثالث، ص٢٧. وأخرجه الحاكم في المستدرك عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة، بلفظ (المسلمون على شروطهم على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما والصلح جائز بين المسلمين)، في كتاب البيوع، باب المسلمون والصلح جائز، الجزء الثاني، ص٤٩.

مما نراه أن هذه المادة تتضمن أحكاما غير محددة وعامة جدا، وذلك نظرا إلى أن الجزء الأول منها ورد في صيغة تحمل قاعدة عامة تبيح للزوجين أن يرفقا بالعقد أي شرط من الشروط التي تكون فيها مصلحة لأحدهما، وأن الجزء الثاني جاء في صيغة استثناء يقيد العموم السابق أي حصر هذه الشروط فقط في الشروط التي لا تخالف ولا تتعارض مع ما ورد في قانون الأسرة[1].

كما أن نص المادة لم يحدد أي نوع من الشروط التي يمكن أن يشترطها الزوج، وإنما اكتفى بذكر ضابط واحد لهذه الشروط وهو عدم مخالفتها لأحكام الشرع والقانون، وهذا ما قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ ١٩٨٨/٦/٢٠ بنصها " من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يحتل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية . ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجته بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة، وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[2].

غير أن التعديل الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ أضاف بعض المعطيات الجديدة لم ينص عليها النص القديم، حيث جاء في المادة ١٩ المعدلة " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل شروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون[3].

واضح من خلال نص المادة ١٩ المعدلة أنه للزوجين أن يضمنا عقد زواجهما جملة من الشروط بما يحقق مصالحهما المشتركة وهذه الشروط معتبرة من الناحية الشرعية ما لم تتناقض مع طبيعة عقد الزواج.

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق – قانون الأسرة (الزواج والطلاق) – ص ١٦٩.

[2] المحكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٨٨/٠٦/٢٠، ملف رقم ٤٩٥٧٥، المجلة القضائية، ١٩٩١، عدد٢، ص ٥٣.

[3] ورد في الأسباب المرفقة في هذه المادة أنه يمكن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق ما يريانه ضرورة من شروط ويهدف هذا التعديل إلى تمكين الزوجين من حل ما قد يطرأ من مشكلات بينهما بعد الزواج لاسيما فيما يتعلق بعمل الزوجة وتعدد الزوجات.

ويلاحظ ان القانون قد اشار إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال بالنظر إلى أهميتهما وهما:

أولاً: شرط عدم الزواج عليها

إن شرط الذي صار معتبرا من الناحية القانونية هو شرط عدم الزواج على المرأة فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فقبل بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به، وإذا أراد أن يتخلص من هذا الشرط لسبب أو لآخر فما عليه سوى إقناعها بالتنازل عن الشرط.

وما يبدو لنا أن التعديل الجديد قد تأثر برأي الأحناف في الموضوع، حيث يجيزون هذا الشرط، فإذا اشترطت عليه ألا يتزوج عليها فوافق لزمه الشرط، أما بحسب رأي المالكية فإن هذا الشرط غير لازم[1].

وقد نص القانون المغربي في مادته ٤٠ من مدونة الأسرة المغربية لسنة ٢٠٠٤ بقولها يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات كما يمنع فيه حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها[2].

أما القانون التونسي فلا يجيز الزواج بأكثر من واحدة، وبالتالي فلا يجوز اشتراط هذا الشرط لأن الزواج غير جائز أصلا ومن تزوج يكون مرتكبا لجريمة يتعرض لعقوبة السجن لمدة سنة وذلك حسب الفصل ١٨ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

ثانيا: عمل المرأة

المقصود بعمل المرأة في هذا المقام هو أنه يجوز للمرأة أثناء عقد زواجها أن تشترط على زوجها ألا يمنعها من العمل متى أرادت البحث عن وظيفة وكذلك ألا يوقفها عن العمل إذا كانت تعمل أصلاً، قبل زواجها وفي المقام الأخير يجوز لها أن تشترط عليه إتمام دراستها إذا كانت تدرس ولا يوقفها من الدراسة بسبب الزواج[3].

---

[1] د. محمد الكبشور، الوسيط في القانون الأحوال الشخصية المغربي، ط٥، ٢٠٠٣، ص ١٤٢ وما بعدها.

[2] مدونة الأسرة المغربية لسنة ٢٠٠٤.

[3] يجوز للزوجة أن تشترط في عقد الزواج أن تعمل خارج البيت فإن رضي الزوج بذلك ألزم به، ويكون الإشتراط عند العقد صراحة، قرار المجلس مجمع الفقه الاسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر المنعقد في دورته السادسة العشر بدبي (دولة الإمارت العربية المتحدة) ــ من ٠٩ إلى ١٤ أفريل ٢٠٠٥.

وتعد هذه الشروط المستحدثة في النص على سبيل المثال ولا الحصر، ونظرا لتعدد الشروط الممكنة في الحياة العملية مما يصعب معه حصرها نص المشرع من باب التمثيل فقط وترك المجال للعرف والعادة، ومن الشروط التي يمكن الأخذ بها مثلا اشتراط الخلو من العيوب المعلومة كبعض الأمراض الخطيرة (السيدا، العقم) وأن تكون المرأة بكراً عذراء، فإذا وجد الزوج عند الدخول بها غير ذلك جاز له الفسخ.

وعلى المستوى التطبيقي نجد قراراً للمحكمة العليا بتاريخ ١٩/١١/١٩٨٤ جاء فيه " من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها إلا إذا كان الزوج اشترط ذلك في عقد الزواج ولا يحكم بفسخ النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا "[1].

أما بالنسبة لشروط المنافية لعقد الزواج، فإنها تكون باطلة ولا يعتد بها وبالتالي تلغي الشروط ويصح العقد وعند النزاع يكون الفصل فيها للقاضي، ومن بين هذه الشروط شرط أن لا مهر للزوجة، أو شرط عدم النفقة عليها، فمثل هذه الشروط تكون لاغية وبالتالي لا يعمل بالشرط.

وقد تعرض قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ لهذه المسألة في جملة من النصوص منها المادة ٣٢ منه بنصها " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافي ومقتضيات العقد"، والمادة ٣٥ أيضا منه بنصها " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا ".

باستقرائنا لهذه النصوص نجد أن نص المادة ٣٢ من قانون الأسرة قد أخلط بين المانع من الزواج الذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد وبالتالي بطلانه، وبين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضياته، والتي لا تؤثر على صحة العقد وإنما يجب إلغاؤها، وهو ما نص عليه في المادة ٣٥ التي تؤكد صحة العقد وبطلان الشرط، مع أن هذه الحالة الأخيرة هي التي يبطل بها العقد.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩/١١/١٩٨٤، ملف رقم ٣٤٢٦٢، المجلة القضائية ١٩٩٠، عدد١، ص ٧٥.

إضافة إلى ذلك هناك تعارض بين نص المادة ٣٢، ونص المادة ٣٥ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم٠٥-٠٢ [1]، يتضح لنا تعارض هاتين المادتين، خاصة أنه نص في المادة ٣٣ على أن" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولاصداق، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

ومن هذه المادة يتضح لنا أن عقد الزواج لا يبطل إلا إذا اختل ركن الرضا، أما إذا اختل شرط من شروط عقد الزواج فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول، فكان على المشرع في تعديله الأخير أن يقول في مادته ٣٢ " يفسخ الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وليس كما نص عليها على أن " يبطل الزواج..." وذلك مثل شرط توقيت الزواج بمدة محددة، حيث يفسخ الزواج، لأن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد.

أما القانون المغربي فقد تعرض للشروط المقترنة بعقد الزواج في المواد من (٤٧ إلى ٤٩) من مدونة الأسرة المغربية، ونصت المادة ٤٨ من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي " الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين" . وقد نصت المادة ٤٠ أيضا على أنه للمرأة الحق في أن تشترط في عقد النكاح أن لا يتزوج عليها زوجها وأنه في هذه الحالة يمنع التزوج عليها.

أما كيفية إثبات هذه الشروط عند الاقتضاء فيكون بكافة وسائل الإثبات لأن القانون المغربي وعلى غرار القانون الجزائري لم يشترط كتابة هذه الشروط في العقد بشكل إلزامي وإنما تركها للقواعد العامة في الإثبات.

أما القانون التونسي فقد نص على الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفصل ١١ من مجلة الأحوال الشخصية كما يلي [2].

يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء، ونص أيضا في الفصل ٢١ منه، أن الزواج يعتبر فاسداً إذا تضمن شرطا يتنافى مع جوهر العقد وهو ما

---

[1] تنص المادة٣٢ على أن" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". وتنص المادة ٣٥ على أن" إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

[2] مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة ١٩٥٦ المعدلة.

يعني بأن القانون التونسي يجيز للزوجين الاشتراط في عقد الزواج على أن لا يتنافى ذلك مع جوهر العقد.

أما القانون المصري[1]، فلم ينص على الشروط المقترنة بعقد الزواج، وإنما أشار إلى ذلك عرضا في المادة ١١ مكرر في الفقرة الثانية والتي تقضي بأنه " يجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها ".

واضح من خلال هذه الفقرة أنه يحق للزوجة اشتراط ما يمكن من الشروط ومنها شرط عدم الزواج عليها.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري تبني بموجب المادة ١٩ المعدلة الرأي القائل بحرية الاشتراط عموما ما لم تتصادم تلك الشروط مع نصوص القانون أو مقتضيات عقد الزواج، وبذلك فإنه يميل إلى ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية بدرجة أقل.

كما أن حق الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري ليس مقصورا على أحد طرفي العلاقة الزوجية، بل هو حق يتمتع به كل من الزوج والزوجة على حد سواء، وفي هذا تبين مفهوم العدالة بين الجنسين، وهذا خلاف ما ذهب إليه مشروع الأحوال الشخصية في مصر لسنة ١٩٢٦ حيث أعطى بموجب المادة ٠٩ منه حق الاشتراط للمرأة فقط معللا ذلك في المذكرة التفسيرية أن الرجل يملك التخلص من عقد الزواج متى أراد، لكن المشرع المصري رفض الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج عموما سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، وترك آثار عقد الزواج في مصر كلها من عمل الشارع على وجوب الوفاء به[1].

كما أعطى المشرع الجزائري مكنة الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه الذي جمع بينهما أو من خلال عقد رسمي لاحق وفي هذا تأكيد لضرورة الالتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين، وواجب الوفاء بها شريطة إثباتها، على أن إثبات هذه الشروط ليس عسيرا باعتبار أن وضعها إما أن يكون أثناء عقد الزواج، ومعلوم أن من شروطه حضور شاهدين حسب المادة ٠٩ مكرر من القانون نفسه وإما بعقد رسمي لاحق، ولا يختلف اثنان حول ما لهذا العقد من حجية إثبات عند النزاع.

---

[2] قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة ١٩٢٠ المعدل والمتمم بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

[1] الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق – الأحوال الشخصية – ص ١٦٠، ١٦١.

المطلب الثالث

الوكالة في عقد الزواج

إن الحديث عن الوكالة يقتضي تعريفها، ثم بيان أدلتها الشرعية.

الوكالة في اللغة بمعنى الحفظ، وعليه فلو قال أحد لآخر قد وكلتك في مالي، فإذا لم يذكر التصرفات التي وكله بها، فلذلك الشخص أن يحافظ على ذلك المال فقط، وليس له أن يتصرف فيه بنوع آخر. كذلك لو قال أحد لآخر إنك وكيلي بكل شيء، فيكون قد فوض ذلك الشخص بالمحافظة[1]، ومن هنا يمكن القول أن للوكالة في اللغة معنيين، هما الحفظ والتفويض.

أما في **الإصطلاح** فهي تفويض أحد في شغل معلوم من المعاملات مع بقاء حق التصرف في يده، وذلك مما يجوز له التصرف فيه بنفسه ويكون فيه مالكا للتصرف ومقتدرا عليه بالنسبة إلى أهلية نفسه وأصل التصرف في ذلك الشغل مقام نفسه[2]. أو هي إقامة الوكيل مقام موكله في العمل المأذون فيه[3].

وتستمد الوكالة مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فمن الكتاب: قوله تعالى " فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيّها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه وليتلطّف"[4]، فالآية الكريمة تسرد واقعة أصحاب الكهف، وهذا البعث كان بطريق الوكالة. وكذلك قوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما.."[5]، فقد بينت هذه الآية على مشروعية الوكالة، لأن البعث يكون عن طريق الوكالة. وقوله تعالى " اجعلني على خزائن الأرض إنّي حفيظ عليم"[6]، أي وكلني على خزائن الأرض.

ومن السنة: هناك وقائع عديدة تدل على مشروعية الوكالة منها مايلي.

---

[1] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الشركات والوكالة، منشورات مكتبة النهضة بيروت، بغداد، ص٥٢٣.

[2] علي حيدر، المرجع السابق – درر الحكام شرح مجلة الأحكام – ص٥٢٣.

[3] أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء السادس، ص٤٩٥

[4] سورة الكهف، الآية ١٩. فلما أضاف الورق إلى جميعهم رجل لهم استنابة أحدهم دل على جواز الوكالة وصحة الاستنابة.

[5] سورة النساء، الآية ٣٥.

[6] سورة يوسف، الآية ٥٥.

وروي أبو نعيم وهب بن كيسان عن جابر قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي صلى الله وسلم وقلت: إني أريد الخروج إلى خيبر فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته[1].

روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في تزويج ميمونة بنت الحارث، ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة بنت أبي سفيان[2].

فهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة على مشروعية الوكالة.

وقال الشافعي: أن الوكالة في النكاح والبيع جائزة، وروي شبيب بن عروة عن الحسن عن البارقي قال أعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً ليشتري به فاشترى شاتين وباع إحداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى تراباً لربح فيه[3].

ومن الإجماع: فقد انعقد اجماع الأمة على جواز الوكالة[4].

ومن المعقول: تثبت مشروعية الوكالة من المعقول وذلك لحاجة الناس إليها، لأن بعضهم لا يستطعون مباشرة أعمالهم بأنفسهم، فيضطرون إلى توكيل من يقوم بها نيابة عنهم في بعض الأمور لأنه يرى من اللائق عدم مباشرتها بنفسه ولأنه يعجز عنها فلو لم تشرع الوكالة لوقع الناس في حرج شديد[5]. وبالقياس على عقد الزواج فالوكالة إجراء يقوم من خلاله الزوج بتفويض شخص غيره ليقوم مقامه بإبرام عقد الزواج.

الفرع الأول

الوكالة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

إن الوكيل يستمد سلطته من الموكل فينفذ تصرفه عليه، فتكون الوكالة نوعا من الولاية، فتصرف الوكيل نافذ في حق الموكل كنفاذ تصرف الولي على المولى عليه.

---

(1) أخرجه أبو داد، كتاب الأقضية، الحديث رقم ٣٦٣٢، الجزء الرابع، ص٤٧. الدار قطني، الجزء الرابع، ص١٥٤.

(2) أخرجه أحمد في المسند، الجزء السادس، ص٣٩٣. ابن الملقن في خلاصة، الجزء الثاني، ص٩٤.

(3) أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المرجع السابق – الحاوي الكبير – الجزء السادس، ص٤٩٤.

(4) علي حيدر، المرجع السابق – درر الحكام شرح مجلة الأحكام – ص٥٢٣.

(5) د. رمضان الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية،٢٠٠٣، ص١٠١، ١٠٢.

وقد اختلف الفقهاء حول مسألة الوكالة في عقد الزواج، حيث يرى الحنفية أنه يصح التوكيل بعقد الزواج من الرجل والمرأة إذا كان كل منهما كامل الأهلية[1]، لأن المرأة عند الحنفية تستطيع أن تزوج نفسها، فلها أن توكل غيرها في العقد، عملا بالقاعدة الفقهية القائلة، كل ما جاز للإنسان أن يباشره من التصرفات بنفسه، جاز له أن يوكل غيره فيه، إذا كان التصرف يقبل النيابة[2].

ويرى جمهور الفقهاء(المالكية، الشافعية، الحنابلة) أنه لا يصح للمرأة توكيل وليها في الزواج، لأنها لا تملك إبرام العقد بنفسها فلا تملك توكيل غيرها فيه[3]، وأباح جمهور الفقهاء ومعهم الحنفية للرجل أن يوكل أي شخص يختاره في عقد زواجه.

أما توكيل المرأة فقد اختلف فيها الفقهاء، حيث ذهب جمهور الفقهاء(المالكية، الشافعية، الحنابلة) إلى أن الولي هو الذي يزوجها دون توكيل منها وإن كان الأمر يستدعي أخذ رأيها[4]، أما أبو حنيفة فيرى أنه يصح منها التوكيل كما يصح من الرجل لأنه من حقها أن تنشأ العقد كما قلنا، فمن باب أولى أن توكل عنها من يقوم بإنشائه، والذي نراه حصر هذه الحالة في المرأة التي لا ولي لها، فيجوز لها أن توكل من تثق فيه ليبرم عقد زواجها، وإلا فالسلطان ولي من لا ولي له. أما أحكام وحدود الوكالة فتخضع للقواعد العامة المتعارف عليها.

وخلاصة القول فإنه حسب المذهب الحنفي يصح التوكيل بشأن عقد الزواج، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة متى توفرت الأهلية والبلوغ والعقل، وتنتهي هذه الوكالة بتمام إبرام العقد، ولا يجوز الرجوع على الوكيل بأي شيء مما يترتب على إنشاء العقد بعد ذلك من آثار، إلا أنه فرق بين التوكيل من جانب الرجل وبين التوكيل من جانب المرأة، حيث لم يقيد التوكيل من جانب الرجل بالكفاءة، وقيّد التوكيل من جانبها بالكفاءة[5].

---

[1] الإمام برهان الدين أبي المعالي، المحيط البرهاني، تقديمه نعيم أشرف نور أحمد، منشورات المجلس العلمي، المجلد الرابع، ص٤٢ ومابعدها.

[2] كمال ابن همام، المرجع السابق - فتح القدير، الجزء الثاني - ص ٤٢٧، ٤٣٣.

[3] الشربيني، المرجع السابق - مغني المحتاج، الجزء الثالث - ص١٤٧.

[4] الشيخ برهان الدين، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العليمة، بيروت، لبنان، الجزء الأول والثاني، ص٢٢٠.

[5] الإمام برهان الدين أبي المعالي، المرجع السابق - المحيط البرهاني- ص ٢٢١.

الفرع الثاني

الوكالة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

في ظل القانون رقم ٨٤-١١، أخذ المشرع بنظام الوكالة في عقد الزواج. ولكنه ألغاه بـالأمر رقم ٠٥-٠٢. فلم يعد من الممكن إبرام عقد الزواج بالوكالة، وهو ما سنفصله في النقاط الآتية.

أولا: في قانون الأسرة رقم ٨٤-١١

لقد أعطى قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ للزوج الحق في أن يوكل غيره في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة نص عليها في المادة ٢٠ من قانون الأسرة التي تنص" يصح أن ينوب عن الزوج وكليه في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

وقد نص قانون الأسرة الجزائري كما تم ذكره على أحقية الرجل في التوكيـل دون المرأة على أساس أن المرأة لا تستطيع أن تبرم عقد زواجها بدون حضور وليها. أما الرجل فإما أن يبرم عقد زواجه بنفسه أو يقوم بتوكيل غيره في إبرام عقد الزواج وهذا أخذا بـرأي جمهور الفقهاء، والوكالة في العقد الشرعي تكون شفوية، أما ما جاء به القانون رقم ٨٤-١١ فإن إبرام عقد الزواج يكون بوكالة خاصة[١]، تحرر أمام الموثق بالنسبة للزوج خلافا للزوجة التي حضورها إجباري.

ثانيا: في قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم ٠٥-٠٢

لقد أغفل المشرع في تعديله الأخير عمدا التصريح بجواز عقـد الـزواج بواسـطة مفوض الزوجة أو وكيل الزوج أو من ينوبها دون مبرر جدي، ولم يأخذ بها لا صراحة ولا ضمنا. أي أن قانون الأسرة فضل أن يسير في الظل، فلا هو أجاز عقد الـزواج بواسـطة الوكيل، ولا هو منعه صراحة. وترك لنا حق الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليهـا في المادة ٥٧١ من القانون المدني وما بعدها[٢].

ومما نلاحظه في هذا المجال هو أن واضعي التعديل لم يضعوا نصا صريحا لمنـع عقد الزواج بالوكالة، حيث قاموا بإلغاء المادة ٢٠ من قانون الأسرة، التي كانت تنص علـى

---

[١] وكالة خاصة في عقد الزواج هي: وكالة تنصرف أثرها إلى الموكل دون الوكيل فلا يطالب الوكيل بالمهر مثلا: والوكيل بمثابة وسيط بين الطرفين لا غير وقد جاء في المادة ٥٧٤ من القانون المـدني" الوكالـة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها".

[٢] عبد العزيز سعد، المرجع السابق – قانون الأسرة في ثوبه الجديد – ص ٧٨.

أنه يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد فحذفوها دون مبـرر وقـرروا إلغائهـا بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ لسنة ٢٠٠٥ مستلهمين في ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من الأمررقم٢٧٤/٥٩ لسنة ١٩٥٩ الملغاة، والتي كانت تنص على أن ينعقـد الـزواج برضـا الزوجين، ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلنيا، و صاحب الشأن شخصيا بحضور شاهدين بالغين وذلك أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام القاضي. وإلا كان العقد باطلا متبعين في ذلك أيضا أحكام التشريع الفرنسي الذي يوجب التعبير عن رضا شخصيا، ولا يقبل أن يبرم عقد الزواج بواسطة الوكيل[1].

أما في القانون المغربي فقد نص في تعديله الأخير لمدونة الأسرة المغربيـة لـسنة ٢٠٠٤ في مادته ١٧ على مايلي " يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيـل على إبرامه، بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية....".

فالقانون المغربي أخذ بنظام الوكالة في عقد الزواج، أما في القانون المصري فإنه يعمل قضائيا بنظام الوكالة في عقد الزواج، وذلك لأنه يأخذ برأي الراجح لدى المذهب الحنفي، عكس المشرع الجزائري الذي ألغى نظام الوكالة في عقد الزواج، بعدما كان معمولا بها في القانون القديم رقم ٨٤-١١، وهو ما يعد في اعتقادنا خروجا عن المذاهب الفقهية، وهو مخالف لأغلب القوانين العربية.

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق - قانون الأسرة في ثوبه - ص ٧٩.

المبحث الثالث
التعديلات المتعلقة بآثار عقد الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود ينتج آثاراً قانونية تترتب بمجرد انعقاده، وآثار عقد الزواج ليست من طبيعة واحدة، فهو ينتج آثاراً تمس طرفيه تتمثل في الحقوق و الواجبات الزوجية، و في الوقت نفسه ينتج آثاراً تتعدى طرفيه تتمثل في حقوق الأولاد " إثبات النسب".

هذه الآثار قد خصها التعديل الجديد لقانون الأسرة بأحكام جديدة، تضمنت تنظيم الحقوق والواجبات الزوجية من خلال مبدأ استقلال الذمة المالية، ولاتفاق حول مصير الأموال المشتركة بينهما.

كما جاء بآليات جديدة في مجال إثبات النسب تمثلت في التلقيح الاصطناعي و البصمة الوراثية، وهو ما سنحاول تفصيله في المطالب الآتية:

المطلب الأول
استقلال الذمة المالية والاتفاق حول مصير الأموال المشتركة للزوجين

تنقسم الحقوق إلى حقوق مادية و غير مادية، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة حيث نص في المادة ٣٦ على الحقوق غير المادية[1]، والتي تتمثل في المحافظة على الروابط الزوجية والمعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والتعاون على مصلحة الأسرة وحسن المعاملة بين الزوجين، وكذلك حسن المعاملة لكل منهما لأبوي الآخر وأقاربه، وزيارة كل منهما لأبويه وأقاربه والتشاور في تسيير شئون الأسرة.

---

[1] تنص المادة ٣٦ من قانون الأسرة كما يلي:" يجب على الزوجين:
- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

أما بالنسبة للحقوق المالية فقد نص المشرع الجزائري على المهر والنفقة في المواد (١٦،٥٧) من قانون الأسرة، وأضاف المشرع حق استقلال الذمة المالية للزوجين. وحق الزوجين في الإتفاق حول الأموال المشتركة بينهما. وهو ما سنحاول تحليله من خلال الفروع الآتية: استقلال الذمة المالية للزوجين، إتفاق حول مصير أموال الزوجين وآثاره الشرعية.

الفرع الأول
استقلال الذمة المالية للزوجين

الذمة المالية هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في الحال والاستقبال[1]. وهي تتألف من عنصرين:

عنصر ايجابي: ويتضمن الحقوق المالية التي تكون للشخص، سواء أكانت هذه الحقوق عينية كملكية أشياء معينة مثلا، أو شخصية كالديون التي تترتب لصاحبها لدى غيره من الأشخاص.

عنصر سلبي: وهو يتضمن الالتزامات المالية التي تترتب على شخص كالالتزام مثلا بمبلغ من المال أو القيام بعمل.

فالذمة هي أشبه ما تكون بوعاء تنصب فيه الحقوق والالتزامات المالية التي تعود للشخص. وانطلاقا من هذا التعريف فإن لكل الشخص ذمة مالية مستقلة تمثل المظهر المالي لشخصيته القانونية، بغض النظر عما إذا كان لديه فعلا حقوق أو لم يكن لديه شيء.

خصائص الذمة المالية:

ترتبط الذمة المالية بالشخصية ارتباطا وثيقا وتعتبر خاصية من خصائصها وهي تمثل الجانب المالي من هذه الشخصية ويذكر أهل القانون خصائص لهذه الذمة كمايلي:

١- الذمة المالية لا توجد إلا تبعا لوجود الشخصية وليس هناك من ذمة مالية بدون شخص تتعلق به وتعود إليه الحقوق والالتزامات التي تحويها.

٢- كما أنه لا يمكن وجود ذمة مالية دون وجود شخصية قانونية ترتبط بها وتعود إليها، فكذلك لا يمكن وجود شخصية قانونية دون ذمة مالية تضم حقوقها والتزاماتها وتمثل الجانب المالي منها[2].

---

[1] د. جلال العدوي، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٢١٠. وأيضا د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص٢١٥.

[2] وفي الواقع لا بد لكل شخص من أن يتمتع حتما بالذمة المالية كما لا يمكن أبدا انعدام هذه الذمة لدى أحد من الأشخاص فمن الوجهة العلمية يلاحظ أن الشخص مهما قلت موارده وتناقصت الحقوق التي يتمتع=

٣- هذه الذمة لا يجوز تعديل أحكامها كالتنازل عنها بكاملها أو عن جزء شائع منهـا، وإن يكن من الممكن التنازل عن بعض أعيانها ومفرداتها أو عن جميع هذه الأعيان والمفـردات دفعة واحدة[١].

٤- كما أن الشخص لا يمكن أن يكون بدون ذمة مالية أو بذمة مالية ناقصة، فكذلك لا يمكن أن تكون له أكثر من ذمة مالية واحدة فهو قد تتعدد أوجه فعلياته ونشاطه القـانوني، ويقـيم لنفـسه المـشاريع الاقتصادية المختلفة، دون أن تتعدد ذممه المالية بحيث يختص كل واحد من مشاريعه بذمة منها، وإنما تكون له ذمة واحدة تنصب فيها جميع حقوقه والتزاماته المالية أيا كان مصدرها[٢].

هذه الاستقلالية في الذمة المالية حسب التعديل الجديد لقانون الأسرة تظل قائمـة ولا تتأثر برابطة الزوجية. حيث نصت المادة ١/٣٧ على أنه " لكل من الـزوجين ذمـة ماليـة مستقلة عن ذمة الآخر".

والفقه الاسلامي أثبت هذه الاستقلالية قبل القانون وهو مـايقرره فقهـاء المالكيـة وغيرهم للمرأة عموما والزوجة خصوصا، فالزوج مسئول بحكم العقد الشرعي عن النفقـة

==بها أو الالتزامات التي تترتب عليه، لابد له لاستمرار بقائه ووجوده من أن تكون له أو عليه بعـض الحقوق أوالالتزامات مهما تضاءلت وأما من الجهة النظرية فالذمة المالية ولو فرض جدلا أنها كانت في فترة من الفترات خالية تماما من الحقوق والالتزامات المالية التي تشملها، لا تنعدم بانعدام هذه الحقـوق والالتزامات لأنها كما يتضح من تعريفها لا تتعلق بالحقوق والالتزامات القائمة فقط بـل تـشمل أيـضا الحقوق والالتزامات المستقبلة، فالذمة المالية كما سبق وذكر أشبه ما تكون بوعاء افتراضي يحوي مـا يمكن أن يترتب للشخص أو عليه من الحقوق والالتزامات المالية، ويبقى قائما ولو افترض خلوه أحيانـا منها.

[١] أحمد شرف الصوص، الذمة المالية" مقالة".http://www.alrabta.com/vb/archive/index.php/t-2163.html

[٢] ولكن يرى بعض الفقهاء وخاصة الألمان يعارضون هذه النتيجة ويرون أنه لا مانع من تعدد الذمم لـدى الشخص الواحد، كأن تكون له مثلا ذمة مالية خاصة تتعلق بمتجره وذمـة غيرهـا تتعلـق بمـشروعه الصناعي دون أن يكون هناك تداخل بين هاتين الذمتين. ويرد أصحاب النظرية الأولى على هذا بقولهم، أن تعدد أوجه النشاط الاقتصادي لدى الشخص ووجود حقوق والتزامات مالية خاصة بكل وجه من هذه الأوجه ومستقلة بعضها عن بعض لا يخرج هذه الحقوق والالتزامات عن كونها مجموعات مالية مستقلة تدخل أخيرا في ذمة الشخص العامة وتؤلف بعض عناصرها ومفرداتها.
غير أن نقاد هذه النظرية يرون مع هذا أن مجرد الاعتراف بوجود مجموعات مـستقلة مـن الحقـوق والالتزامات المالية لدى هذه الذمم ستنطوي جميعا في آخر في ذمته العامة. - د. نبيل إبراهيم سعود، د. همام محمود، المرجع السابق- المدخل للقانون نظرية الحق - ص 187 وما بعدها.

الزوجية، ولا يحق له أن يتعدى على مالها إلا في حدود رضاها وبما لا يفسده[1]، ويرى جمهور الفقهاء أنه يثبت للمرأة من حقوق المالية وغيرها ما يثبت للرجل ويجب عليها مثل ما يجب عليه، ولها الحق في المعاملة ومباشرة الأسباب التي تنشىء الالتزامات وتوجب حقوقا لغيرها مادمت عاقلة مميزة رشيدة، فلها ذمة صالحة لكل الالتزامات، ولها إرادة مستقلة تنشىء بها تصرفات يقرها الشارع[2].

وقد أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشر بدبي" الإمارات العربية المتحدة " قراراً وفتاوى عن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة وعن انفصال الذمة المالية بين الزوجين من بين ما جاء فيه[3].

" للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع مما تكسبه من عملها ولها ثروتها الخاصة ولها حق التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف بمالها".

ومن بين الآثار المترتبة على استقلال الذمة المالية للزوجين هو ضرورة الاتفاق حول مصير الأموال المشتركة للزوجين، وهو ما سنعالجه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني

اتفاق مصير أموال الزوجين وآثاره الشرعية

لقد نص المشرع الجزائري على حق الزوجين في الاتفاق حول مصير أموالهما المشتركة. هذا النظام الذي جاء به المشرع مستوحى من نظام مصير الأموال المشتركة في التشريع الفرنسي، كما يشابه نظام الكد والسعاية في العرف المغربي.

وبناء على ذلك سنقوم بدراسة نظام مصير الأموال المشتركة في التشريع الفرنسي، ثم نعقد مقارنة بين ما جاء به التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري ونظام الكد والسعاية

---

[1] الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي بيروت، الجزء الثالث، ص٣١٩.

[2] الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق – الملكية ونظرية العقد – ص٢٩١.

[3] قرار فتوى المؤتمر المنعقد بدبي" الإمارات العربية المتحدة" في دورته السادسة عشر المنعقد من ٠٩إلى ١٤أبريل٢٠٠٥. http://www.zawjan.com/art-361.htm.

في القانون المغربي، لنخلص في الأخير إلى دراسة آثار الاتفاق بين الزوجين حول مصير الأموال المشتركة. وذلك من خلال النقاط الآتية.

أولا: التشريع الفرنسي فيما وضعه من أنظمة لمصير أموال الزوجين

في التشريع الغربي عموما، والفرنسي الذي سنتناوله كنموذج للزواج نظام وفلسفة تختلف جذريا عما تعرفه وتعيشه شعوب الدول العربية والمسلمة. ففي الجانب المالي للزوجين هناك استثناء في تنظيمه يخرج عن نطاق القواعد العامة المنظمة لعلاقات الأفراد المالية المبثوثة بين دفتر القانون المدني، لعهد إلى نظام آخر سموه régime de la communauté matrimoniale وهو ما يمكن ترجمته" بنظام شيوع الأموال الزوجية "، وقد مر هذا التنظيم في فرنسا بمرحلتين [1]:

-المرحلة الأولى إلى غاية ١ فبراير ١٩٦٦:

فكان الرجل والمرأة إذا اقترنا بالزواج تندمج أموالهما إلزاميا التي يكسبانها خلال الحياة الزوجية بمقتضى وبموجب ذلك العقد بدون أي تصرف أو عقد آخر، وتصبح حقوقهما مشتركة بالسواسية في ذلك المال ولو كان الذي كسبه احدهما فقط، وهذا ما يطلقون عليه les bien communs أي (الأموال المشتركة) ويدعي هذا النوع من التنظيم المالي الذي يفصل في مصير أموال الزوجين le régime légale de la communauté réduite aux acquêts للاشتراك في المكتسبات. فالأموال المشتركة bien communs هي الأموال المكتسبة من مجهود عملهما أو بتنمية لأملاكها الخاصة.

أما الأموال الخاصة bien propres هي الأملاك المنقولة والعقارات والمملوكة في يوم الزواج، والمكتسبات عن طريق الميراث والهبات بعد ذلك التاريخ وأملاك الاستعمال اليومي(ملابس، أمور شخصية...).

-المرحلة الثانية بعد ٠١ فيفري ١٩٦٦:

في هذا التاريخ استحدث في فرنسا تشريع جديد للفصل في مصير أموال الزوجين يحتوي هذا التشريع أربعا من النظم المالية تفصل في وجهة ومصير أموال طرفي الزواج وذلك بناء على اتفاق بينهما في اختيار أحد هذه الأنظمة أثناء عقد الزواج، وذلك عند الموثق

---

(1) Gabriel MARTY, Pierre RAYNAND, droit civil, les regimes matrimoniaux, Sirey 22, rue SOUFFLOT, 75005 Paris, ٢eme edition 1986, p 17.

ويسمى هذا العقد المتضمن الاتفاق المالي بعقد الزواج le contrat de mariage (ويعني قانونيا النظام المالي المتفق بين الزوجين على اعتماده والخضوع له)، وكل زواج مقام ابتداء من ٠١ فيفري ١٩٦٦ بدون إنشاء مسبق لما يسمى بعقد الزواج المذكور وعند الموثق يكون خاضعا في تنظيمه والفصل في أموال الزوجين إلى النظام القديم الذي كان موجودا في المرحلة الأولى، أي النظام القانوني للاشتراك في المكتسبات.

أما التشريع الفرنسي المنظم لمصير أموال الزوجين المعتمد حاليا[١]، يقر أربعة أنظمة مالية أساسية وهي:

- نظام الاشتراك القانوني régime de communauté légale
- نظام فصل الأموال régime de séparation des biens
- نظام المساهمة في المكتسبات régime de participation aux acquêts
- الاشتراك الإتفاقي la communauté conventionnelle[٢].

ويتميز التشريع الفرنسي بإدراجه للمقتضيات الخاصة بتأسيس وتنظيم العلاقات الزوجية وآثارها بما في ذلك العلاقات الحقوق المالية بين الزوجين ضمن مقتضيات وفصول قانونه المدني، وبكونه يحدد ويميز بين عدة مفاهيم وموضوعات قانونية أساسية مختلفة مرتبطة وتحت تسميات ومصطلحات لكل منهما مدلوله ومعناه وآثاره العامة أو الخاصة.

" النظام المالي للزواج هو مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال الزواج وبعده ".

وقد إعتمد المشرع الفرنسي بشأن التنظيم العلاقات المالية في إطار مؤسسة الزواج أربع أنواع من الأنظمة المالية الأساسية ذات الطبيعة الاختيارية يمكن للمقبلين على الزواج

---

(١) د.حسن الأشموني، محمد عبد الكريم، مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، الكتاب الأول، التشريع الفرنسي في الأشخاص، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٠، ص١٣١.
الحسين الملكي، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات نظام الكد والسعاية، مقالة بجريدة العلم بتاريخ ٢٠٠٤/٠٥/٠٤، العدد ١٩٧٠٥.
http://perso.menara.ma/%7Eelmilki/DossierMaitre/ArticlesM/indexA.htm
(2)Gabriel MARTY, Pierre RAYNAND, droit civil, les regimes matrimoniaux, l'oeuvre precedent, p19,20,21.

أو المرتبطين بالعلاقة الزوجية عموما تنظيم حياتهم المالية في إطارها أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعدها أحيانا[1].

---

[1] أنواع الأنظمة المالية:

أولا: نظام الاشتراك القانوني في المكتسبات: ويعرف هذا النظام كذلك بنظام الأموال المشتركة، وتنظمه مقتضيات ثلاثة فصول في الكتاب الثالث من قانون مدني فرنسي ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٥٧٠ وكما يتضح من تسميته فإنه يخص تنظيم ما اكتبه الزوجان خلال فترة الحياة الزوجية ومضمونه عموما أن كل الأموال المكتسبة من تاريخ الزواج تصبح مشتركة بين الزوجين وتشكل كتلة واحد تقسم عند انحلال الزواج فهو نظام يحدد القانون بمقتضاه المال والثروة المنشاة خلال فترة الحياة الزوجية، ويخضع الزوجان له ما لم يوردا قيودا خاصة أو اتفاقات خاصة تنسجم مع مقتضياته ومع القواعد التي يحددها هذا النظام بشأن ما تم اكتسابه خلال فترة الحياة الزوجية، ويقر هذا النظام مبدأ التشارك القانوني بشأنها سواء نتجت عن تجميع المكتسبات أو نتاج المجهودات الشخصية أو ريع أو غلل الممتلكات الشخصية لكل واحد من الزوجين، إذ تشكل هذه المكتسبات كتلة واحدة تقسم عند انحلال الرابطة الزوجية.

ثانيا: نظام فصل الأموال: وهو نظام يقر مبدأ استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين خلال وبعد الحياة الزوجية، وبمقتضى نظام فصل الأموال هذا يؤكد الزوجان في عده على ما يلي:

طريقة إدارة أموالهما وحدود حرية التصرف بشأنها بالنسبة لكل منهما متحملا للديون الشخصية التي يلتزم بها أو تتحملها حقوقه كمسئول وحده عن تصرفاته الشخصية قبل وبعد إبرام عقد الزواج.

وبإبرام الزوجين لعقد الزواج في طار نظام فصل الأموال فإنهما يخرجان أنفسهما من النظام القانوني العام ويدخلان في إطار النظام الإتفاقي الخاص هذا الذي اخضعا أنفسهما له.

ثالثا: نظام المساهمة في المكتسبات: وهو نظام تنظمه مقتضيات الفصول (١٥٦٩-١٥٨١-٢١٣٦-٢١٣٧) من القانون المدني الفرنسي. وبمقتضاه يحتفظ لكل واحد من الزوجين بحريته في التدبير والتصرف والانتفاع بالأموال دون التمييز بين ما هو مملوك له قبل الزواج أو تملكه بعد ذلك مهما كان مصدر التملك ومن الآثار الأساسية لاختيار هذا النظام أنه يقر حالة الشياع بين الزوجين في المكتسبات على أساس النصف المتحصل أو الزائد عن الأصل المنشأ خلال فترة قيامه، ولتحديده يتم تحديد المال أو قيمته عند المحاسبة ويخصم منه الأصل أو قيمته عند التعاقد والناتج الزائد أي الفائض الايجابي تتم قسمته مناصفة، وإذا كانت الحصيلة سلبية يتحمل كل واحد تبعات تصرفاته ويخول للزوجين الاقتسام مناصفة للأموال التي اكتسباها خلال الزواج وعند انحلاله بحيث يؤول لكل منهما النصف فيما اكتسبه الآخر.

رابعا: نظام الاشتراك الإتفاقي: هذا النظام أسست له وتؤطره بصفة أساسية مقتضيات الفصل١٥٢٧ من القانون المدني الفرنسي، كما عدل بالقانون ١١٣٥ لسنة ٢٠٠١.

وكما هو واضح من تسميته، فإن هذا النظام في جوهره مؤسس على مبدأ التراضي والاتفاق بين الزوجين وبمقتضاه يمكن للزوجين أن يدرجا عدة شروط لتغيير نظام الاشتراك القانوني، بحيث تغير من جوهر هذا الأخير وتؤسس لنظام آخر يسمى نظام الاشتراك الإتفاقي كأن يتفقا على أن تصبح جميع أموالهما وممتلكاتهما عقارات كانت أو منقولة حاضرة أو مستقبلية مشتركة بينهما، وينصان على ذلك=

ثانيا: مضمون المادة ٢/٣٧ ومقارنتها بنظام الكد والسعاية في القانون المغربي.

يوجد في العرف المغربي ما يسمى بنظام الكد والسعاية[1]، و عناصر حق الكد والسعاية تتمثل في الساعي، والسعي، وتكوين رأسمال أو تنميته، ومقابل السعي.

==في عقد الزواج، كذلك يتم الاتفاق على نقل أموال المتوفى منهما إلى الزوج المتبقي على قيد الحياة وهو ما يسمى بالاشتراك الكامل، ويمكنهما بمقتضى هذا النظام الاتفاق على الاشتراك في المنقولات والمكتسبات التي تحصل لكل واحد منهما مهما كان مصدرها(الهبة، الإرث).

ويمكنهما كذلك الاتفاق على طريقة إدارة الأموال المشتركة وعلى طريقة التصرف فيها وما يتطلبه ذلك من الخضوع للاتفاق المشترك أو التصرف بإرادة منفردة لأحدهما.

وهكذا فإن هذا النظام وبحكم طبيعته الاتفاقية الواقعية فإنه يمكن أن يتمثل في عدة نماذج وأشكال وحالات منها:

أ- **حالة الاشتراك الكامل:** وبمقتضاه يتفق الزوجان على أن تصبح جميع أموالهما " منقولات أو عقارات" الحالية والمستقبلية مشتركة بينهما، على أن أموال المتوفى منها تنتقل بأكملها إلى الباقي على قيد الحياة، لضمان استمراره في حياة اقتصادية كتلك التي كانت قيد حياة شريكه" المادتان ١٥٢٦، ١٥٢٧ من القانون المدني الفرنسي.

ب- **حالة الاشتراك في المنقولات والمكتسبات:** هذه الحالة كرستها مقتضيات الفصل١٤٩٨ من القانون المدني الفرنسي، وبمقتضاها فإن كل ما اكتسبه الزوجان خلال الحياة الزوجية من منقولا حاضرا أو مستقبلا عن طريق الإرث أو أي تبرع آخر تصبح مشتركة بينهما.

جـ- حالة إدارة الأموال المشتركة وبمقتضاها يتم الاتفاق بين المتعاقدين على طريقة إدارة الأموال المشتركة بينهما دون إمكانية تفويتها إلا باتفاق بينهما (١٥٠٣ من القانون المدني الفرنسي).

د- **حالة الاتفاق على إدارة الأموال الشخصية للزوجة من طرف الزوج وحده:** وهي حالة تنظمها وبعضا من تفاصيلها ومقتضيات الفصول ١٥٠٥ إلى ١٥١٠ من القانون المدني الفرنسي وبعد إبرام عقد الزواج تأتي مرحلة انجاز رسم الزواج وتوثيق العلاقة الزوجية لدى الجهة المخول لها ذلك قانونا وهي ضابط الحالة المدنية ومن خلال وثيقة أخرى تسمى acte de mariage، وهي الوثيقة التي يجب أن تتم فيها الإشارة إلى النظام المالي المتفق عليه من طرف الزوجين وبيانات العقد المنجز بشأنه من طرف الموثق بحضورهما أو بواسطة وكيل عنهما ويدلي بعقد الزواج المحدد للنظام المالي المتفق عليه مع باقي الوثائق لتوثيق العلاقة الزوجية ونظامها المالي مع مراعاة الإجراءات الخاصة لإشهار كل علاقة زوجية على حدة وحسب نظامها المالي. د.حسن الأ شموني، محمد عبد الكريم، المرجع السابق - مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب- ص١٣٢،١٣١.

[1] يعرف حق الكد والسعاية عند منطقة الأطلس الصغير والسهول المحيطة به وبعض مناطق الأطلس الكبير بحق " تاما زالت"، وهي كلمة أمازيغية مشتقة من فعل "أزل" بمعنى سعى أو جرى، ومن هنا جاءت تسمية هذا الحق في الفقه المغربي المكتوب باللغة العربية بحق الكد والسعاية، للمزيد أنظر الحسين بن عبد السلام الملكي، نظام الكد والسعاية، مكتبة دار السلام، الرباط،٢٠٠٢، الجزء الأول، ص١٨. أما=

والساعي هو كل فرد سواء كان الذكر أو الأنثى أو الزوج وزوجته يسعى ويبذل جهداً لأجل تكوين رأسمال معين أو تنميته، فكل من سعى يأخذ بمقدار عمله. غير أنه ينبغي التأكيد على أن يكون الساعي من أفراد الأسرة، وذلك لأن فكرة السعاية يستفيد منها فقط أفراد الأسرة في علاقتهم مع بعضهم البعض كل بحسب كده وسعايته[1].

أما السعي هو الجهد والعمل والكد، الذي يساهم به الساعي في تكوين رأس مال أو تنميته، ويختلف هذا العنصر باختلاف السعاة حسب سنهم وجنسهم ومقوماتهم الذاتية، ومؤهلاتهم الحرفية، أو باختلافهم بحسب أنواع الأعمال التي يقومون بها، فقد تكون المشاركة بالعمل الفعلي أو بالمال أو غيره، وهذا الاختلاف يؤثر في مقدار نصيب الساعي.

أما تكوين رأس المال أو تنميته، والذي يتمثل في القيمة التي أضافها الساعي بعمله في تكوين رأس مال غير موجود أصلا، أو في تنمية رأس مال موجود، إذ لا يعتد إلا بما زاد على الدمنة بفعل مجهود الساعي[2]، لأن هذه الأخيرة لملاكها، ولاحق للسعاة فيها بسعايتهم، ومثل ذلك: أن يقوم الساعي بالحرث وخدمة الأرض المملوكة لغيره، فحق سعايته لايتعلق بالأرض ذاتها التي تبقى في ملكية صاحبها، وإنما فقط بما نتج عن مجهوده من ثمار الأرض. وكذلك الحال بالنسبة للمشاركة التي تتم عن طريق المال بأن يقوم أحد أفراد الأسرة مثلا الذي يقطن بالمهجر بإرسال النقود لأسرته فتساهم به الزوجة في تنمية أو تكوين

=السعاية في اللغة فهي من سعى يسعى سعيا وسعاية أي مشى وعمل وقصد، والسعي الكسب، وكل عمل من خير أو شر سعي، وقوله تعالى: "لتجزى كل نفس بما تسعى" سورة طه الآية ١٥، أما معنى الاصطلاحي فهي مقابل السعي أو الكد، أي مقابل العمل، سواء من أجل إيجاد رأسمال قائم مملوك للسعاة أنفسهم أو لغيرهم، وذلك قصد تنميته، والزيادة فيه، والاستفادة منه، ويطلق على الرأسمال المستثمر في اصطلاح الفقهاء المهتمين بموضوع السعاية اسم" الدمنة". أما فيما يخص أصل حق الكد والسعاية فتضاربت آراء الفقهاء والباحثين، فهناك من ردها إلى حكم للخليفة عمر بن الخطاب، وهناك من عدها نتاجا لاجتهاد فقهي، وهناك من أسسها على العرف المحلي الذي استقر في النفوس، في حين أسندها البعض إلى المبادىء العامة للشريعة الإسلامية. للمزيد من التفصيل انظر، د. محمد مومن، حق الكد والسعاية دراسة لحق المرأة في اقتسام الممتلكات =المكتسبة خلال فترة الزواج في القانون المغربي، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، عدد٢ يونيو ٢٠٠٦م، ص١٦٨ وما بعدها.

(١) د. محمد مومن، المرجع السابق – حق الكد والسعاية – ١٦٤.

(٢) أحمد الفقيه، إشكالية العمل النسوي، المرأة العاملة والقانون الاجتماعي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ١٩٩٦، ص١٢٠.

رأسمال هو موضوع السعاية. وكيفما كانت نوعية العمل الذي يوفره الساعي، فـإن منابـه وحظه من السعاية يتوقف إلى حد بعيد على مقدار مساهمته في هذا العمل أو الجهد، ومـدى إمكانية أن يكون هذا الأخير مصدرا لخلق الثروة وعدم ربط دعوى الكد والسعاية بانتهـاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة. وفي هذا المعنى سئل الإمام" **أبو زكريا يحي السراج**" عن " من تأت من النساء إلى زوجها ببهائم من دار أبيها فتجد بدار زوجها بهائم أخرى فيخلطان الجميع وترعى ذلك كله، وما حصل في الغلة أكلوه جميعا وما احتاج إليه مـن أضـحية أو غيرها أخذه، فإذا تنازعا أو مات احدهما وتنازع الورثة في ذلك زعمت المرأة أو ورثتها أن بهائمها وما تناسل منها لها، وكذلك غلتها ولها محاسبة الزوج بذلك برعايتها لبهائمه وزعـم الزوج أو ورثته أنه شريكها فيما أتت به من البهائم لكونها تأوي في داره، ويـضع الحبـال والأوتاد فهل يكون شريكا معها أم لا؟ وهل تحاسبه بما ذكرت أم لا؟".

فأجاب " بهائم المرأة لها وحدها وليس للزوج فيها شيء، أعني بالبهائم التي أعطاها أبوهـا وما تناسل منها، فإن ذلك لها وأما غيرها فهي للزوج لا للزوجة وكذلك ما تنشأ من سمن وما ضحى به الزوج من بهائم زوجته ترجع كذلك على زوجها بعد يمينها".

أما فيما يخص مقابل السعي أو ما يسمى بمقابل العمل، وهو ما يحصل عليه الساعي بعد تحقق العناصر الثلاثة السابق ذكرها، ويتعلق به أمران: أولهما أن حق السعاة لايتعلـق بالدمنة ككل، وإنما بما تزيد به نتيجة عملهم وسعيهم فقط، أي بالفرق بين الدمنة كما هي عليه يوم دخول السعاة عليها وما تكون عليه يوم استحقاقهم سعايتهم. والأمر الثاني هـو مقابـل السعي يختلف باختلاف الجهد الذي بذله كل واحد من السعاة بعمله، فمنهم من له مؤنته فقط، ومنهم من له معها ملبسه، ومن له في ذلك وزيادة، وليس القوي كالـضعيف، ولا الـصغير كالكبير، ولا الصانع كغيره[1].

أما فيما يخص التكييف القانوني لحق الكد والسعاية، فقد اختلفت آراء الفقهاء المغاربة في تكييف ما يأخذه السعاة لقاء كدهم، فمنهم من يكيفه على أنه إجارة خدمة، أي عقـد عمـل، ومنهم من يحمل السعاية على الشركة، في حين جنحت المحكمة الإدارية بالرباط إلى اعتبار السعاية حقا عينيا وهو الرأي الغالب، وذلك لأن حق الكد والسعاية حق من نوع خـاص، لا

---

[1] د. محمد مومن، المرجع السابق – حق الكد والسعاية – ص١٦٦.

يمكن دمجه ضمن أحد الحقوق أو العقود المعروفة، وإنما هو حق مستقل بذاته، له قواعده الخاصة، وأحكامه المتميزة، وتطبيقاته المختلفة[1].

ومن هنا فإن تطبيق نظام السعاية لايتعارض في الوقت الحاضر مع امكانية قيام الزوجة بالعمل خارج نطاق الأسرة، سواء في القطاع العام أو الخاص، فتحتفظ بأموالها لحسابها الخاص طبقا لمبدأ استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين، أو تدفع مدخولها أو جزء منه للزوج من أجل تنميته، فتطبق عليه أحكام السعاية وتستحق بذلك أن تكون شريكة له في الثروة التي يكتسبها في فترة الحياة الزوجية بنسبة تعادل المال الذي قدمته.

ولا شك أن تبني المشرع المغربي لفكرة السعاية في المادة ٤٩ من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

- يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

- يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالف الذكر إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع إلى القواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة ".

وإن جاء على شكل مبدأ يعطي للزوجين الحق في الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج على كيفية استثمار الأموال المكتسبة في فترة الزواج، وعلى كيفية توزيعها، ولم يتطرق للتفاصيل، فإنه يعد اعترافا تشريعيا بأهمية هذا الحق، ودوره في الاطمئنان النفسي والاستقرار الاقتصادي للأسرة، وفي حل مشكلة بعض الزوجات اللواتي يبذلن جهدا لبناء ثروة سواء في بيت الزوجية أو خارجها وتكون في أغلب الأحيان في اسم الزوج، فيجدن أنفسهن بعد وفاة الزوج أو الطلاق، في سن متقدمة دون أي مال أو مورد.

وهو نفس الشيء الذي أورده المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة سنة ٢٠٠٥ في مادته ٢/٣٧ والتي نصت على مايلي" غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد

---

[1] للمزيد من التفصيل انظر د. محمد مومن، المرجع السابق – حق الكد والسعاية – ص١٧٨ وما بعدها.

الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

مما يتضح لنا أن المشرع لم يبين المقصود (بالأموال المشتركة) التي يمكن أن يتفق عليها الزوجان، غير أنه وصفها بقوله" التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية "، وهنا يطرح التساؤل: هل مجرد أن الزوجين يكتسبان أموالا خلال المرحلة المذكورة ينخلع عليها لباس الاشتراك بينهما؟ بدون أي تصرف قانوني آخر منهما يعد واسطة لهذا الأمر.

والواقع يوجد فراغ أو حلقة مفقودة لا بد من البحث عنها والإجابة تكمن بالرجوع إلى القانون الفرنسي الذي استمد منه. بلاشك المشرع الجزائري هذه المادة. ففي التشريع الغربي عموما والفرنسي الذي تأثر به المشرع الجزائري منظومة قانونية كاملة خاصة بتنظيم أموال الزوجين ولمصطلح(الأموال المشتركة) فيه مفهوم خاص وتحديد دقيق، وذلك كما سبق بيانه.

والفرق بين المادتين: هو أنه مع التقارب الشديد بين المادتين إلا أنه يوجد فروق بينهما.

١- في القانون الجزائري ذكر أن الاتفاق يمكن أن يكون في عقد الزواج أما في القانون المغربي فنص على أنه يجب أن يكون في ورقة مستقلة عن عقد الزواج، وهذا له أهمية كما سوف نرى لأن الشروط المقترنة بعقد الزواج بنظر الشريعة الإسلامية ممكن أن تؤثر في صحة الزواج فتبطله، وخاصة ما كان منها مخالفا لمقاصد تشريع الزواج فتحاشى القانون المغربي أن يجعل هذا الاتفاق متضمنا في عقد الزواج.

٢- بين القانون المغربي المقصود من هذا الاتفاق وهو استثمار الأموال وتوزيعها، وهذا ما لم يوجد في القانون الجزائري.

٣- ترك القانون الجزائري الحرية للزوجين في أن يحددا في هذا الاتفاق ما يشاءان من النسب التي تؤول إليهما أي عند تقسيم ما أسماه بـ" الأموال المشتركة"، ولم يذكر مرجعية لهذا التحديد ولعله التوافق بينهما كما هو ظاهر. بينما أشار القانون المغربي إلى مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه عند تحديد حقوق الطرفين[1].

[1] الصديق بلعربي، السعاية، مجلة المرافعة التي تصدرها هيئة المحامين بأكادير، عدد٠٦، ١٩٩٧، ص٦٨.

ثالثا: الآثار الشرعية للاتفاق بين الزوجين في مصير أموالهما المشتركة:

بعد معرفتنا بالتفصيل للتشريع الفرنسي فيما يخص مصير أموال الزوجين، وتنظيم الاتفاق بينهما حول هذا الموضوع، وتبيين هذه الفكرة وما يحيط بها من محلها التي خرجت منه، واستطلاع مجمل القواعد المنظمة لها، لابد من بيان الآثار الشرعية لهذا التصرف إذا اعتمده الزوجان سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق في قانوننا الجزائري، وفي الشريعة الإسلامية التي يستمد منها قانون الأسرة، وليكن ذلك من خلال النقاط الآتي:

١- لا بد من معرفة ماهية الاتفاق الذي سيقدم عليه الزوجان وما يتضمن من تصرفات، وفق كل نوع تصرف تترتب آثار شرعية معينة، لذلك لا بد من تحديد ضوابط لهذا الاتفاق بتحديد ماهيته على التفصيل، وأهدافه، والقواعد المنظمة له، كما رأينا عليه الحال في التشريع الفرنسي يمكن تبيين الحال، فبعض الكلمات عبارة مجملة تعتبر لغزا لا تحل مشكلا ضخما في أقدس الروابط بين الأفراد.

٢- الاتفاق المذكور بما يفوض للزوجين أن يرتبا على عقد الزواج آثارا وحقوقا، ومعلوم أن آثار عقد الزواج هي من عمل الشارع وليس من عمل العاقدين. قال الشيخ أبو زهرة: "إن القاعدة العامة في كل العقود وخصوصا عقد الزواج أن الآثار المترتبة على العقد من عمل الشارع[1].

وإن كانت العقود تقوم في الجملة على الرضا، ولكن موضع الرضا هو إنشاء العقد فقط، أما الآثار فبترتيب الشارع حفظا للعدل وصونا للمعاملات في العقود المالية من النزاع وحفظا للحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترطه العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشارع ومرماه من ذلك العقد المقدس. وإذا كانت آثار عقد الزواج من عمل الشارع عند فقهاء المذاهب الأربعة في الجملة، فإن الشروط المقترنة بالعقود لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا كانت متفقة مع الآثار التي رتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد المقدس فما يشترطه من الشروط لا يلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو لا تنافى مقاصده...[2].

---

(٢) الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق – الأحوال الشخصية – ص١٥٥.

(١) الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق – الأحوال الشخصية – ص١٥٥، ١٥٦. ولقد فصل فقهاء الشريعة أحكام هذه الشروط وأبدعوا في تقسيماتها، انظر مثلا: ابن رشد، المقدمات، الجزء الأول، ص٣٨٢. عليش، المرجع السابق- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، الجزء الأول – ص٣٣٤.

٣- الاتفاق المالي إذا كان في عقد الزواج كما ذكر إمكانية القانون الجزائري ربما يهدد هذا العقد بالفسخ والإبطال بالنظر إلى حكم الشريعة الإسلامية في الشروط المقترنة بالعقد، وقد فصل ذلك علماء الفقه الإسلامي.

أما القانون المغربي فقد تحاشى كما ذكرنا النص على إمكانيته في عقد الزواج، بل نص على أنه يكون مستقلا عنه. فإذا كان هذا الاتفاق مثلا عبارة عن معاوضة مالية بالمفهوم العام أو ما يسمى بالبيع المطلق عند فقهاء الشريعة الذي ينظم كل أنواع المعاوضات المالية بما فيها شركة الأموال مثلا، فإن عقد النكاح يفسد بناء على قاعدة عدم جواز نكاح وبيع فالبيع ينافي مقتضيات النكاح لأنه مبني على المشاحة والزواج مبني على المسامحة والمكارمة[1]، فالزواج في الشريعة الإسلامية رباط مقدس يبتعد به أن يقترن أو يشترط فيه أي معاملة مالية مبنية على المشاحة والمضايقة.

وفي الأخير يتبين لنا من خلال هذه الدراسة حول الذمة المالية للزوجين ومصير أموالهما المكتسبة خلال الحياة الزوجية التي أجازت المادة ٣٧ من قانون الأسرة الجزائري أن يبرم في شأنه الزوجان اتفاقا يكون في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، أن هذا الموضوع يحتاج إلى مراجعة عميقة جدا، بعد أن عرفنا خلفيات هذا الاتفاق في التشريعات الغربية والفرنسي بالخصوص.

وميثاق الزواج ميثاق غليظ وعقد مقدس في جميع الديانات، وإذا كان المشرع يرمي من وراء التشريع المذكور وهو بلا شك إلى الحفاظ على حقوق الزوجين المالية، وخاصة بالنسبة للمرأة المتزوجة، إذا انقطعت بها سبل الحياة بالطلاق أو الترمل، فلابد من الاسترشاد بمنظومتنا القانونية وثقافتها الخاصة وشريعتنا الغراء التي تلتصق بها تقاليدنا في الزواج وأحكام الأسرة ولا ينفع اقتطاع تشريع بعيدا عن منظومته الممتدة الجذور في تربته لكي يحل إشكال هنا أو هناك.

ورأينا من خلال هذه الدراسة أن العلاقة الزوجية قد يهددها بعض أنواع الاتفاقات التي يبرمها الزوجان والتي أجازها قانون الأسرة في تعديله الأخير في الجملة وذكرنا نماذج عن ذلك وهذا إذا أخذنا بعين الاعتبار معيار الشريعة الإسلامية فيما نشرعه من قوانين لأحكام الأسرة وهو ما لا يستطيع المواطن البسيط الانفكاك عنه، وعليه لا بد من تفصيل القواعد

---

[1] انظر فتوى المازري، وابن جزي المالكيين، في معيار الونشريسي المعرب، تحقيق: د. محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، ١٤٠١هـ، ١٩٨١ م، الجزء الثالث، ص٢٦.

المنظمة لهذا التشريع وبيان الخطوات التفصيلية التي يقدم عليها الزوجان ما يصلح منها وما لا يصلح حتى لا يقع الناس في الغلط الأكيد، والخطأ في أمور الزواج آثاره كبيرة وعواقبه جسيمة.

المطلب الثاني
إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي

قال تعالى " المَالُ وَالبَنُونَ زِينَةُ الحَيَاةِ الدُّنْيَا "[1]. فما دام الولد زينة الحياة الدنيا، فإن تعطيل أحد الجهازين الأنثوي أم الذكري أو كلاهما معاً لعلة أو لمرض ، يشكل حائلاً دون الإنجاب.

إن مشكلة عدم الإنجاب من المشكلات التي واجهت الحياة الزوجية، وكثيراً ما سببت عقداً نفسية للأسرة ومشكلات عائلية، ينتهي الأمر الغالب بانفصال الزوجين. لهذا نجد الزوجين المحرومين من نعمة الولد يلجأن إلى كافة الوسائل للتغلب على عقبة عدم الإنجاب، وقد وصل الحد بالبعض الاستعانة بالمشعوذين والدجالين والأدعياء لحل هذه العقدة.

ويشهد عالم الطب وأبحاث الأجنة في المدة الأخيرة تطوراً سريعاً، وخاصة في حل مشكلات أمراض العقم، وذلك بتوصله إلى طريقة حديثة سميت " بالتلقيح الاصطناعي " أو " الإنجاب الصناعي" الذي يعد وسيلة للإنجاب، إذا استحال التلقيح الطبيعي بواسطة المعاشرة الزوجية، بسبب مرض أو عقم لأحدهما أو كليهما.

إذ يمكن للزوجين اللجوء إليه في هذه الحالة، في شكل أنبوب اختبار خارج الرحم، ويصطلح على تسميته التلقيح الاصطناعي الخارجي أو ما يسمى " أطفال الأنابيب "، وقد يكون داخلياً، ويصطلح على تسميته بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أو ما يسمى " بالمجهري".

والواقع أن التلقيح الاصطناعي قصد التوليد، قد عرفه الإنسان من القدم، واستخدمه في تجربته على الحيوان والنبات، وظهر له فعلا نجاحه إذ حصل منه على أنواع حسنة من الحيوان وثمار جيدة من النبات. وأول تجربة للتلقيح الاصطناعي كانت عام ١٧٨٠م بواسطة الكاهن الإيطالي " لازداد سالا نزالي " الأخصائي في الغرائز، إذ أجرى أول عملية على

---

[1] سورة الكهف، الآية ٤٦.

الكلب، فدفعه ذلك إلى إجراء تجارب تلقيحية على الإنسان فكللت هي الأخرى بنجاح عام ١٨٧١[1].

أما في الجزائر فلم تعرف هذه العملية إلا في بداية التسعينات على يد الدكتور " فتكوي " لكن بالرغم من أنها كانت تمارس على أرض الواقع والتي بلغ عددها ٥٠٠ طفل مولود عن طريق التلقيح الاصطناعي منذ عام ١٩٩٩، حسب ما ورد في جريدة الشروق اليومي، بمناسبة اليوم الدراسي الوطني الأول حول " العقم والتلقيح الصناعي " المنعقد **بمدينة البويرة** والذي حضره ٢٠٠ طبيب متخصص.

إلا أن المشرع الجزائري لم يتصد لهذه العملية بنصوص تشريعية خاصة أو تنظيمية إلا في عام ٢٠٠٥، وذلك في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ في مادة وحيدة وهي المادة ٤٥ مكرر، حيث تضمنت شروطاً استقاها المشرع من قرار المجمع الفقهي الإسلامي، الذي بَيَّن حكم هذه العملية: المباح والمحظورة منها وشروط ممارستها.

وفي ظل هذا المطلب نطرح التساؤلات التالية: ما المقصود بالتلقيح الاصطناعي؟ وما هي شروط إجازته؟ وما هي شروط إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي؟ وهذا ما سنتناول تفصيله من خلال الفروع الآتية.

---

[1] بينما يرى جانب من الفقه، أن أول تلقيح اصطناعي قام به " هنتر " " Hunter " عام ١٧٩٩، أجريت هذه التجربة بين الزوجين، وأول تلقيح بواسطة الغير قد تم عام ١٨٨٤، وأول مولود وهي الطفلة " لويزا براون " التي سموها " طفلة الأنبوب " هذا التلقيح كان في ٢٥ يونيو من عام ١٩٧٨.

الفرع الأول

مفهوم التلقيح الاصطناعي

يعرف التلقيح:

١ – لغـــــــة: في القاموس المحيط[١] كما يلي: – يقال لَقَحَتْ الناقة لقحاً ولقاحاً ، وكذلك الشجرة، وألقح الفحل الناقة، ولقاحاً، قبلت اللقاح فهي لاقح، من لواقح، وإلقاحُ النخلة: تلقيحها لقحاً، والريح السحاب" وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ "[٢].

٢ – اصطلاحـــاً:

التلقيح الاصطناعي يعني التناسل بمساعدة التكنولوجيا الحديثة، التـــي يلتجـــأ إليهـــا الأطباء المتخصصون لمعالجة الأزواج، الذين يعانون من مرض العقم، وذلك عـــن طريـــق إدخال الحيامن[٣]، الجنسية الذكرية إلى الحيامن الجنسية الأنثوية إلى الجهاز التناسلي، بغير عملية الجماع الطبيعي، ويمتزجان ويختلطان ليكونا اللقيحة التي تنمو في رحم الزوجة[٤]. أو هو إدخال منيّ رجل في رجل في رحم امرأة بطريقة آلية[٥].

فمن المعلوم أن تخلق الولد إنما من السائل الذي يخرج من الرجل فيصل إلى الرحم المستعد للتفاعل[١]، حيـــث يقـــول سبحانه وتعالى" خُلِقَ مِنْ ماءٍ دَافِقٍ، يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ

---

[١] الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز بـــادي الـــشيرازي الـــشافعي " قـــاموس المحيط "، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٥هـــ، ١٩٩٥م، الجزء الأول، ص ٣٣٩.

[٢] سورة الحجر، الآية ٢٢.

[٣] " الحيامن الجنسية هي النطفة عند الذكر، والبويضة عند المرأة " . د. منذر الطيب البرزنجي، وأ. شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الـــشريعة الإســـلامية، مؤســـسة الرسالة، بغداد، ط١، ١٤٢٢هـــ، ٢٠٠٠ م، ص ١٧.

[٤] د. منذر الطيب البرزنجي، أ. شاكر غني العادلي ، المرجع السابق، ص ١٧.

[٥] د.علي مجي الدين القره داغي، د. علي يوسف المحمدي، المرجع السابق – فقه القضايا الطبية المعاصرة – ص٥٦٤.

[١] الشيخ د. إبراهيم القطـــان، نـــدوة الإنجـــاب فـــي ضـــوء الإســـلام. موقـــع علـــى شـــبكة الإنترنـــت . www.Islamonline.net

وَالتَّرَائِبِ"[1]، وقوله تعالى" إِنَّا خَلَقْنَا الإِنْسَانَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ "[2].

وقيل أن التلقيح الاصطناعي: هو عملية تجرى لعلاج حالات العقم عند المرأة، وذلك بالتحقق من إدخال منى الزوج إلى الزوجة – أو شخص أجنبي – في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي[3].

الفرع الثاني
شروط إجازة التلقيح الاصطناعي في الشريعة الإسلامية

لقد نجح علماء الأجنة والوراثة في العصر الحديث في عملية الإخصاب الصناعي، كبديل للإخصاب الطبيعي، وذلك في حالة إصابة أحد الزوجين بالعقم أو الضعف يحول دون إتمام الحمل بالاتصال الجنسي الطبيعي، والتي تتسم بإحدى الطريقتين: التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي[4].

وهذه الوسائل لم تتناولها الشريعة الإسلامية (قرآنا وسنةً) لأنها لم تكن معروفة من قبل[5]، وكذلك لم يتعرض لها الفقهاء القدامى، وهذا ما قد يثير إشكالات شرعية حول هذه الممارسات:

– تدخل إرادة أخرى إلى جانب إرادة الله.

– الآثار المترتبة عن هذا العمل من حيث التحاق الطفل بأحد أبويه.

– معرفة الآثار المترتبة على الزوج أو الزوجة من حيث وجوب الحقوق مثل النفقة والرضاعة وما إلى ذلك.

---

(1) سورة الطارق، الآيتين ٦ ، ٧. الصلب لغة: هو الظهر، وأما الترائب فهي الأضلاع ، وعلى هذا الأسلوب يكون القرآن الكريم هو المخبر الأول بهذه الحقيقة، لكننا مع الأسف لم ننتبه إليها إلا بعد اكتشافها علمياً .

(2) سورة الإنسان، الآية٠٢.

(3) د. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات المتحدة، النظرية العامة للجريمة، ط ١٩٩٨، الجزء الأول، ص٣٥٠.

(4) د. عبد الكريم مأمون، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد ٢، ص ٢١.

(5) د. أمحمد براد غزيول، الاختصاب الصناعي من المنظور الإسلامي، موقع على شبكة الإنترنت .www.islamonline.net

- إن هذه العمليات تتطلب كشف عورة الرجل والمرأة للطبيب والطبيبة والنظر إليها وهم غرباء عنها.

وبناء على ذلك، فإنه يتحتم علينا بالضرورة إجراء دراسات على حالات التلقيح الاصطناعي، تقوم على المبادئ الإسلامية لوضع حدود ومعايير واضحة لكل حالاته المتعددة، من أجل الوقوف على مشروعيتها من الناحية الشرعية ولمعرفة الحرام والمباح منها والآثار المترتبة عليها.

ومن هنا يمكن التطرق لمدى شرعية التلقيح الاصطناعي، وذلك في نطاق العلاقة الزوجية بين فئة المعارضين والمؤيدين.

أولا – فئة المعارضين:

من بين المعارضين لعملية الإخصاب الاصطناعي داخل نطاق العلاقة الزوجية، نجد " **الشيخ الألباني** " فقد سئل بشأن هذه المسألة: هل يجوز أن يسمح للطبيب أن ينقل ماء زوج إلى زوجته أو ما يعرف " بأطفال الأنابيب "؟ فكان جوابه: " لا يجوز، لأن هذا النقل يستلزم على الأقل أن يكشف الطبيب على الزوجة، والاطلاع على عورات النساء لا يجوز شرعاً، وما لا يجوز شرعاً لا يجوز ارتكابه إلا لضرورة، ولا نتصور أن تكون هناك ضرورة لرجل كي ينقل ماؤه بهذه الطريقة المحرمة إلى زوجته، وقد يستلزم هذا أحيانا إطلاع الطبيب على عورة الرجل أيضاً وهذا لا يجوز، وسلوك هذا الطريق فيه تقليد للغرب في كل ما يأتون وما يذرون، وهذا الإنسان الذي لم يرزق ولداً بالطريقة الطبيعية، فمعنى ذلك أنه لم يرض بقضاء الله وقدره، وإذا كان الرسول عليه الصلاة والسلام يحض المسلمين على أن يسلكوا الطرق المشروعة في سبيل تحصيل الرزق وكسب الحلال، فمن باب أولى أن يحضهم على أن يسلكوا السبل المشروعة في سبيل الحصول على الولد"[1].

وسئل كذلك " **عبد الله الجبرين** ": لقد سمعنا بإجازة أهل العلم بعلاج العقم عن طريق الأنابيب والتلقيح الخارجي عن الجسم، فهل يجوز ذلك شرعاً ؟ وهل صدر مرسوم أو توجيه بإجازتهم لذلك العلاج ؟

[1] د. عمرو عبد المنعم سليم، مسائل مهمة لنساء الأمة، دار الإمام مالك للكتاب، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م، ص ٢٥.

فأجاب: " لا يجوز ذلك لما فيه من العمليات الخارجة عن الحد الشرعي، ومن كشف العورة ومباشرة الفرج والحمل في الأرحام بطرق غريبة، هذا ما ظهر لـي والله أعلم"[1].
وسُئل فضيلته أيضاً: ما حكم " أطفال الأنابيب "؟

فأجاب: " قد أفتى العلماء في هذه المسألة، بمعنى لما فيه من كشف العـورة ولمـس الفرج والعبث بالرحم، ولو كان مني الرجل الذي هو زوج المرأة، فأرى أن علـى الإنـسان الرضا بحكم الله تعالى" وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ "[2].

وسُئل كذلك **الشيخ صالح بن عثيمين**: ما حكم التلقيح الاصطناعي– أطفال الأنابيب، وهو أخذ ماء الرجل فيوضع في رحم المرأة عن طريق الأنابيب بواسطة طبيب أو طبيبة ؟.

فأجاب:" التلقيح الاصطناعي، يقال إنه يأخذ ماء الرجل ويوضع في رحم المرأة عن طريق أنابيب (إبرة) وهذه المسألة خطيرة جداً، ومن الذي يأمن الطبيب أن يلقي نطفة فلان في رحم زوجة شخص آخر؟ ولهذا نرى سداً لباب ولا نفتي إلا في قضية معينة، حيث نعرف الرجل والمرأة والطبيب. وأما فتح الباب فيخشى منه الشر، وليست المسألة هينة، لأنـه لـو حصل فيها غش لزم إدخال نسب في نسب وصارت الفوضى في الأنساب وهذا ما يحرمـه الشرع، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم " **لا توطأ ذات حمل حتى تضع**"[3]، فأنا لا أفتي، اللهم إلا أن ترد إلي قضية معينة أعرف فيها الزوج والمرأة والطبيب".

وكذلك قدم الدكتور **عبد الرحمن بن عبد الخالق** مجموعة من الأسباب تجعل فقهـاء المسلمين يعارضون هذه الطريقة في الإخصاب:

---

[1] الشيخ عرفان العشا حسونة الدمشقي، ٥٢٠ سؤالا وجوابا في المسائل الـشرعية والطبيـة، دار الفكـر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤٢٦ هـ، ٢٠٠٥م، ص ٥٤.

[2] الشيخ عرفان العشا حسونة الدمشقي، المرجع السابق، ص ٥٤ . نقلاً عن بريد الرئاسة العامة للبحـوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية وعن الفتاوى الشرعية، ص ٦٩ ، ٧٠ .(الشورى، الآيـة ٥٠).

[3] أخرجه أبو داود رقم (٢١٥٧)، كتاب النكاح، وأخرجه الترمذي رقم (١٥٦٤)، كتاب السير، ولفظـه عن أم حبيبة بنت عرباض بن سارية أن أباها أخبرها أن رسول الله (صلى الله عليه وسـلم) " نهـى أن توطأ السبايا حتى يضعن ما في بطونهن " . د. عبد الله بن محمد الطيار، لقاءات البـاب المفتـوح مـع فضيلة الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين، دار البصرة، الإسكندرية، ص ١٩٧.

١- أن هذه الطريقة للحمل بين الأزواج هي غير الطريق الفطري الذي هدى الله الرجل والمرأة عليه.

٢- أما هذه الطريقة فتحفّها المخاطر من كل جانب، فلا يؤمّن الخطأ في الأنابيب وهو أمر وارد، في كل المختبرات والتحاليل، فيعطي مني رجل مكان آخر، وتسلم لقيحة مكان أخرى ، وهنا يقع المحظور الشرعي وتختلط الأنساب.

٣- إننا لا نأمن سوء النية من أي جهة يستعير الرجل ماء غيره تلبيساً على زوجته وأن تحصل الزوجة على مني غير زوجها، وأن يتساهل الناس شيئا فشيئاً في هذا الحيوان المنوي، وهو حيوان لا يرى بالعين المجردة، وفي هذه البويضة التي هي أصغر من حبة الخردل بكثير.

٤- إنه بفتح مراكز لهذا التلقيح الاصطناعي، سيفتح باب الشر كله، وسيبدأ بين الزوجين، ثم يصبح عملاً تجارياً مربحاً، والحال أنه دقيق جداً وخفي لا يطلع عليه إلا الخبراء وأهل المهنة، فإن الغش فيه وارد، بل ومحتمل، وأنه لا بد أن يستدرج المسلمون خطوة خطوة حتى نصل إلى ما وصل إليه الغرب الكافر اليوم، والجاهلية الأولى قديماً، حيث عرفوا " النكاح الاستبضاع " وهو لا يختلف عن بنوك المني في الغرب اليوم.

٥- من يدري ماذا سيكون عليه أمر الطفل الذي كان " لقيحة " في أنبوبة فترة من عمره، هل سيؤثر هذا في نفسيته وسلوكه أم لا، ولكننا على وجه اليقين أن هؤلاء الأطفال سيكونون موضع السخرية والتندر في مجتمعنا وسيكونون موضع تساؤلات وشك كذلك.

وهكذا نرى أن لهؤلاء المعارضين ما يشفع لهم، في تبني هذا الاعتراض على عملية الإخصاب خارج الرحم " أطفال الأنابيب " للمخاطر التي تحفّها، والتي أشرنا إليها سابقاً[1].

ثانيا – فئة المؤيدين:

أيد العديد من الفقهاء في كثير من المؤتمرات الإسلامية؛ عملية التلقيح الاصطناعي في نطاق العلاقة بين الزوجين، فمن بين هذه المؤتمرات نجد:

[1] د. أمحمد برادة غزيول، الإخصاب الصناعي من منظور إسلامي، موقع على شبكة الانترنت www.islamonline.net ..

مؤتمـــر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي والذي انعقد " بمكة المكرمة " فـــي دورته السابعة له، في الفترة ما بين ١١ إلى ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٤هـــ، حول مشكلة التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، وذلك بتقرير ما يلي:

١- إن حاجة المرأة المتزوجة التي تحمل، وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مـــشروعا يبيح معالجتها بالطريقة المباحة، من طرق التلقيح الاصطناعي، وهو مبدأ عام يجيز اللجـــوء إلى الإنجاب الصناعي في ضوء الضوابط الشرعية.

٢- إن الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجتـــه نفـــسها بطريقة التلقيح الداخلي، هو أسلوب جائز شرعا وبشروط سيتم ذكرها لاحقاً، وذلك بعـــد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل وهي مسألة متفق على شرعيتها.

٣- إن الأسلوب الثالث الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجـــين أحدهما للآخر ويتم تلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحـــم الزوجـــة نفسها صاحبة البويضة، هو أسلوب مقبول مبدئيا في ذاته وفق المنظور الشرعي، لكنه غيـــر سليم تماما من موجبات الشك، فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات، ولا يلجأ إليـــه إلا فـــي حالات الضرورة القصوى، بعد أن تتوفر الشرائط العامة[1].

مؤتمر قرار المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورته الثالثة بالعاصـــمة الأردنيـــة " عمان " من ٠٨ إلى ١٣ صفر ١٤٠٧هـــ الموافق لـــ ١١ إلى ١٦ أكتـــوبر ١٩٨٦ بعـــد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي " أطفال الأنابيب " وذلك بـــالإطلاع علـــى البحـــوث المقدمة والاستماع لشرح الخبراء والأطباء وبعد التداول، تبين للمجلـــس أن طـــرق التلقـــيح الاصطناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبعة طرق والذي يهمنا في هذا الجانب الطريقـــة السادسة والسابعة[2].

---

[1] المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة، المنعقد في الفترة مـــن ١١ إلـــى ١٦ ربيـــع الثاني١٤٠٤ هـــ، موقع على شبكة الإنترنت www.islamqu.com ..

[2] الطريقة السادسة: أن تأخذ نطفة من زوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة فـــي رحم الزوجة. – الطريقة السابعة: أن تأخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب في مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً.

وقد رأى المجمع الفقهي أنه لا حرج من اللجوء إلى الطريقتين السابقتين عند الحاجة، مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة "[1].

وكان رأي الأستاذ " **الشيخ محمد شلتوت** " في كتابه " الفتاوى "، بالنسبة لحكم الشريعة في التلقيح الصناعي الإنساني، أنه إذا كان بماء الرجل لزوجته، كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملا مشروعا لا إثم فيه، ولا حرج، وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي يذكر به والده، وبه تمتد حياتهما وتكمل سعادتهما النفسية والاجتماعية ويطمئنان على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما[2].

وعليه فإن المؤيدين لعملية الإخصاب الصناعي في نطاق العلاقة بين الزوجين، لا يؤيدون الفكرة على إطلاقها، وإنما يشترطون توفر مجموعة من الشروط وهي:

١- أن يكون الإنجاب الطبي في خلال العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة بلا فصل بالطلاق أو الوفاة، فلا يجوز الإجراء بعد الطلاق أو بعد وفاة الزوج، فانتهاء عقد الزوجية بالموت أو الطلاق يلغي ويبطل أي تناسل أو إنجاب شرعي.

٢- أن يكون هناك دواع للجوء إلى هذه الطرق، أي بعد استيفاء الوسائل العلاجية الطبيعية جميعها ، وأن تكون هذه العمليات الحديثة هي الحل الأخير للإنجاب وأن يثبت أن لا وسيلة غير عمليات التلقيح الاصطناعي بعد إجراء الفحوصات الطبية اللازمة والتأكد من سلامة الزوجين وحاجتهما إلى التلقيح الاصطناعي .

٣- أن يكون ماء التلقيح هو ماء الزوج أثناء سريان عقد الزواج الشرعي.

٤- أن تكون البيضة محل التلقيح بيضة الزوجة أثناء سريان عقد الزواج الشرعي أيضاً.

٥- أن تكون الحاضنة لتلقيح صاحبة البويضة الملقحة بماء زوجها .

---

[1] الشيخ عرفان العشا حسونه الدمشقي، المرجع السابق، ص ٦٩ - ٧٠، نقلا عن مجلة الفقه الإسلامي، العدد الثالث والرابع، ١٤٠٨هـ، ١٩٩٧م.

[2] ملخص كتبه الأستاذ المرحوم الشيخ محمود شلتوت في كتابه " الفتاوى "، دار القلم ، القاهرة. موقع على شبكة الإنترنت www.islamonline.net . .

٦- أن لا يكون الإخصاب بمساعدة طرف ثالث يمنح الحيامن أو البيوض ، سواء بالهبة أو إدخال شخص أجنبي غير الزوجين .

٧- يجب التحقق من رضا كل من الزوجين عند إجراء العملية.

٨- عدم خلوة الرجل (الطبيب) بالمرأة، وأن يتم التلقيح بحضور الزوج أو امرأة أخرى.

٩- وجود ضوابط وضمانات مناسبة في جميع الإجراءات لمنع وجود أي خطأ في اختلاط النطفة الذكرية والأنثوية واللقاح بغيرها أو استبدالها بشكل مقصود أو غير مقصود، وذلك للتأكد من عدم اختلاط الأنساب.

١٠- ألا تؤدي هذه العمليات إلى أضرار جسيمة، عقلية أو نفسية خطيرة[١].

١١- أن يكون الأطباء والمساعدون والعاملون في المختبرات من الثقاة.

١٢- يحرم كشف العورة غير الزوج إلا لضرورة قصوى كما إذا توقف العلاج على ذلك وبقدر ما تقتضيه الضرورة[٢].

١٣- لا يجوز التلقيح بهدف آخر كتحسين السلالات أو النسل.

فإذا ما توفرت الشروط المذكورة أعلاه وتم التأكد منها زالت المخاطر وتمت العملية بين الزوجين لتدارك عيوب الزوجة، دون التصرف في الزائد من البويضات، بتجميدها من طرف الطبيب[٣]، أو عدم استعمالها في رحم غير رحم الزوجة، فسيكون الأمر طبيعياً، لا يتنافى مع الشرع الإسلامي الذي يحث على التداوي والعلاج، فإذا استخدمت هذه الطريقة بهذا الأسلوب، فإنها تدخل في إطار العلاج الذي يؤدي إلى الإنجاب[٤]، وبالتالي فإن نسب المولود يثبت من والد صاحب النطفة وأمه صاحبة البويضة الملقحة التي تم تخصيبها داخل

---

[١] د. منذر الطيب البرزيجي، والأستاذ شاكر غني العادلي، المرجع السابق، ص ٧١، ٧٢.

[٢] عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري من منظور الشريعة الإسلامية، مؤسسات الرسالة، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م .

[٣] أ.د. منذر الطيب البرزجي، والأستاذ شاكر غني العادي، المرجع السابق، ص ٧٢ .

[٤] قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مدينة جدة (١٤١٠هـ) بشأن البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة. للمزيد انظر: قرارات المجامع الفقهية . موقع على شبكة الإنترنت www.islam.qu.com . .

أنبوب الاختبار بنطفة والده، باعتبارهما المسئولين عن ميلاد الطفل[1]، وذلك مصداقاً لقوله تعالى " وَلَقَدْ خَلَقْنَا الإِنْسَانَ مِنْ سُلالَةٍ مِّنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ"[2].

وكذلك طبقا للحديث الشريف، الذي جاء فيه عن أبي هريرة ، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[3].

والمراد بهذا الحديث أن الولد لصاحب الفراش كما جاء في لفظ البخاري ويعني الزوج، في حين الرجم للعاهر الزاني، والسبب في ثبوت النسب بالفراش هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين، فمن اللازم دائما في مثل هذه الحالات أن تلقح الزوجة من زوجها، دون الشك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره[4]، وهذا ما أشير إليه في فتوى **الدكتور محمد مأمون**[5] " حول شرعية أطفال الأنابيب ولا شك في نسبها إلى والدها..."، وقال: " إذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوبة ثم وضعت في رحم الزوجة فهذا حلال وينسب الولود حينئذ للأم والأب"[6].

والدليل الشرعي لإباحة هذا النوع من التلقيح الاصطناعي يتجلى ذلك في: مبدأ تحقيق المقاصد الشرعية، غلبة المصلحة على المفسدة.

---

[1] د. أمحمد برادة غزيول، المرجع السابق، ص١٥٨.

[2] العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، ١٩٩٩،٢٠٠٠ م، ص ١٥٨.

[3] الإمام أبي عبيد محمد بن عيسى الترمذي (٢٠٩ ، ٢٧٩ هـ) الجامع الصحيح لسنن الترمذي ، في كتاب الرضاع ، باب " أما جاء أن الولد للفراش وللعاهر الحجر " رقم ١١٥٩ ، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط١٤٢٢،١ هـ،٢٠٠٢م، ص ٣٠٦.

[4] د. تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ٢٠٠١، ص ١٠٣.

[5] أول فتوى للأزهر الشريف من طرف د. محمد مأمون رئيس لجنة الفتوى، نشرت بجريدة الجمهورية ص ٠٨ ، من العدد الأسبوعي بتاريخ ٠٣ أكتوبر ١٩٧٨، بعنوان طفلة الأنابيب الشرعية.

[6] د. مفتاح محمد أقزيط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٤، ص ٨٣.

أما فيما يخص مسألة ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي، فإنه يمكن أن يقاس بالاستدخال الذي تحدث عنه الفقهاء[1]، وترجع أقوال الفقهاء في ثبوت النسب بالاستدخال إلى رأيين:

الرأي الأول:

أجاز جمهور الفقهاء(الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة)[2]، إلى إثبات النسب بواسطة الاستدخال، وحجتهم في ذلك أن العبرة في ثبوت النسب بوصول ماء الزوج إلى زوجته، ثم ولادة المولود على فراشه، ومن هنا كان لا بد من قيام الزوجية.

وفي ثبوت النسب بالاستدخال يقول **الشربيني** " وفي معنى الوطء استدخال المني..."، وقوله أيضا " إن استدخال المني أقرب إلى العلوق من مجرد الإيلاج..."[3]، وتصريحهم بأن الاستدخال كالوطء يعني أنه يأخذ أحكامه، وعليه فإنه يختلف الحال في حالة استدخال مني محترم عند الإنزال، ونعني بالمحترم مني الزوج الذي أنزله بطريقة غير محرمة، ثم استدخلته زوجته، فإن هذا تثبت فيه العدة ويلحق به النسب كالوطء الحلال.

الرأي الثاني:

أما بعض الحنابلة ووجه عند الشافعية، فلا يجيزون ثبوت النسب بالاستدخال، وحجتهم وفي ذلك أن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعاً، وإذا استدخلت المني بغير جماع لم تحدث لها لذة تمني بها فلا يختلط منها[4].

بعد عرض الرأيين يظهر لنا أن رأي جمهور الفقهاء هو الأرجح، وذلك لأنه لو كان إنزال المرأة هو السبب في الحمل لما تخلف وطء عن حمل، بينما المعروف لدى الأطباء أن

---

(1) والاستدخال: هو أن تقوم الزوجة بإدخال المني الزوج بنفسها بواسطة أصبعها أو بقطنة أو ما إلى ذلك داخل فرجها.

(2) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، الجزء الرابع، ص١٦٩. الخرشي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص١٦٤. أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر بدمشق، الجزء الثامن، ص٣٦٥. البهوتي، المرجع السابق – كشاف القناع، الجزء الخامس – ص٧٣.

(3) الشربيني، المرجع السابق – مغني المحتاج، الجزء الثالث– ص٣٧٣.

(4) ابن قدامة، المرجع السابق – المغني، الجزء الثامن – ص٨٠. النووي، المرجع السابق – روضة الطالبين، الجزء الثامن – ص٣٦٥.

البيضة تنزل في أيام معلومة من الشهر بعد طهر المرأة من الحيض، ومتى قابلها الحيوان المنوي حصل التلقيح. ومن هنا فإنه يثبت النسب بالتلقيح الاصطناعي قياسا على الاستدخال.

الفرع الثالث

شروط إثبات النسب بالتلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري لم يتناول عملية التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة رقم ٨٤-١١، لأنه لم يظهر في الجزائر إلا مع بداية التسعينيات، رغم ذلك نجد المشرع الجزائري لم يتصد لهذه العملية وصور التلقيح المختلفة، بنصوص تشريعية، أو قواعد تنظيمية خاصة لها، وهذا لا يمنعنا أن نستشف موقف المشرع الجزائري في مسألة البنوة أو النسب، وبصورة أدق الأبوة الشرعية التي حسمها نص المادة ٤١ من قانون رقم ٨٤-١١ " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة "، وعليه فإنه طبقا للتشريع الجزائري، يبقى الزواج الوسيلة الطبيعية الوحيدة للإنجاب، لأنه وحده أساس النظام الاجتماعي في الجزائر طبقاً لأحكام المادة الرابعة من قانون الأسرة. يعني ذلك أنه لا يمكن أن نتصور إمكانية اللجوء إلى الإنجاب الصناعي في غير صوره التي تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، والتي تبقى المصدر الوحيد لتنظيم مسائل الأسرة عندنا وذلك طبقاً لنص المادة ٢٢٢ من قانون الأسرة الجزائري[1].

إلا أن المشرع الجزائري قد تدارك ذلك مؤخراً في التعديل الأخير في مادته ٤٥ مكرر التي جاء فيها:

" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية : - أن يكون الزواج شرعياً، - أن يكون التلقيح برضاء الزوجين وأثناء حياتهما، - أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، - لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة "[2].

---

[1] المادة ٢٢٢ قانون الأسرة الجزائري" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[2] جاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع التمهيدي لقانون الأسرة الجديد، أن هذه المادة تكرس حق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، باعتباره أحدث الوسائل العلمية للإنجاب، ولا يمكن اللجوء إليه إلا في إطار وجود عقد زواج، ويعطي هذا الإجراء الأساس القانوني للتلقيح الاصطناعي.

لا يعني هذا ان العمليات لم تكن موجودة قبل التعديل، بل كانت موجودة في الواقع لكنها غير منظمة بنصوص قانونية واضحة، باعتبار أن هذه الحالة من مستجدات العصر ومن أمهات مسائل الفقه الجديد، حيث اعتمدت معايير لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا مع الطب.

ويمكن حصر شروط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري في النقاط التالية:

أولا – أن يكون الزواج شرعياً:

وذلك لأن الزواج الشرعي هو أساس النظام الأسري حسب مفهوم المادة ٠٤ من قانون الأسرة التي جاء فيها " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

فيشترط في التلقيح الاصطناعي وقوعه ضمن رابطة زوجية صحيحة، أخذاً بنص المادة ٤٥ مكرر سالفة الذكر، حيث يمكن تشبيهه في هذه الحالة بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين[1].

ثانيا – أن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما

إن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي على النحو السابق يستلزم بالضرورة رضا كل من الزوجين، ويجب أن يكون الرضا سليماً خالياً من عيوب الإرادة، كأن يلجأ أحد الزوجين، لإحدى الطرق الاحتيالية، اتجاه الزوج الآخر لإجراء عملية التلقيح.

ويجب كذلك أن يكون هذا التلقيح أثناء حياة الزوجين، لأن التلقيح الاصطناعي بمني الزوج بعد الوفاة، يتعارض مع أحكام الميراث، وذلك بخلاف ما اذا تم التلقيح ثم مات الزوج، فينسب الولد لأبيه[2].

---

[1] د. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، طبع بالديوان الوطني للأشغال التربوية، ط١، ٢٠٠٣، ص ٤٢٣.

[2] العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص ٢٥٩، نقلاً عن توفيق حسن فرج، التنظيم القانوني لطفل الأنابيب، ندوة المصرية للطب والقانون حول أطفال الأنابيب، ١٩٨٥، ص ٩٥.

ثالثا – أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

بالرجوع الى اجتهاد مجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بالعاصمة الاردنية عمان في دورته الثالثة أيام ١١ – ١٦ أكتوبر ١٩٨٦، فإنه لا حرج من اللجؤ الى الطرق العلمية الحديثة مع مراعاة شرطين :

١–أن تؤخذ نطفة من الزوج، وبويضة من زوجته، ويتم التلقيح خارجياً، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

٢–أن تؤخذ بذرة الزوج، وتحقن في الموضع المناسب في مهبل زوجته، أو رحمها تلقيحاً داخلياً[١].

رابعا ـ لا يجوز اللجوء إلى التلقيح باستعمال الأم البديلة

لقد كان لظهور اصطلاح "الحمل لصالح الغير"، أو "إيجار الرحم" أثر في بروز مشكلة تحديد صفة الأم الحقيقية للطفل، أي تحديد ما إذا كانت هذه الصفة تقرر للأم صاحبة البويضة المخصبة، أم أنها تتوافر في تلك التي تم نقل البويضة المخصبة إلى رحمها، وقيامها بحملها لها لغاية الوضع[٢].

ودرء لهذا الاشكال منع المشرع الجزائري استعمال الأم البديلة على اعتبار أن الأمومة ليست فقط علاقة بيولوجية، بل ان معناها يكمن في الحمل أساساً، وذلك لقوله تعالى " وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ"[٣]. وقوله أيضا " حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا "[٤]، فربط القرآن الكريم بين الحمل والأمومة، فالتي تحمل هي الأم وليست من تصنع البويضة لغيرها للقاء أجر، فتعين من باب سد الذرائع درأ المفسدة منع الأم البديلة مهما كانت لأن مفسدها أكبر مما تحقق من مصالح[٥].

---

[١] بن داود عبد القادر، المرجع السابق – الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص ١١٢.

[٢] العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق – الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي – ص ٢٦٩.

[٣] سورة لقمان، الآية ١٤.

[٤] سورة الأحقاف، الآية ١٥.

[٥] بن داود عبد القادر، المرجع السابق – الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص ١١٣.

اما مدونة الاسرة المغربية و القانون المصري فلم ينصا صراحة على التلقيح الاصطناعي كوسيلة من وسائل الانجاب، مع أنه معمول به عملياً.

المطلب الثالث

إثبات النسب بالبصمة الوراثية

من فطرة الله في خلق الإنسان تمايز البشر واختلاف كل فرد عن آخر، فوجود الإنسان يمتاز بالتفرد الخاص سواء بصمة الأصابع أو بصمة الأسنان أو بصمة الصوت، ولعل أهم اكتشاف جديد في علم الأحياء هو" البصمة الوراثية "، حيث أحدث هذا الاكتشاف ضجة كبيرة ولما نتج عنه من عدم وضوح الرؤية، سواء من حيث مشروعية استخدامه في إثبات النسب أو منزلته بين طرق الإثبات الشرعية.

وإذا كان استعمال البصمة الوراثية في مجال الطب الشرعي والقضايا الجنائية لا يثير إشكالا من الناحية الشرعية، فإن الاعتماد عليها في مجال النسب قد نتج عنه اختلاف واضح في مشروعية ونطاق الاستفادة منه، فصار موضوع بحث ودراسة من قبل المجامع الفقهية، والعديد من المؤتمرات، وذلك لما للنسب من خصوصية في الشريعة الإسلامية. وسنتناول في هذا المطلب: ماهية البصمة الوراثية؟ والموقف الفقهي للبصمة الوراثية؟ وموقف المشرع الجزائري في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ من هذا الاكتشاف " البصمة الوراثية".

الفرع أول

ماهية البصمة الوراثية

أولا ـ تعريف البصمة الوراثية

١- **لغة:** البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين (البصمة) و (الوراثية) .

البصمة: من بصم وهي كلمة عامية تعني العلامة، وتأتي في اللغة بعدة معان منها، أثر الختم بالإصبع[1]. وفي لسان العرب: البصم هو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو ما بين كل إصبعين طولا، يقال ما فارقتك شبرا، ولافترا، ولاعتبا، ورتبا،

[1] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار المعارف، مصر، ط٢، ١٩٧٣ مادة بصم، الجزء الأول، ص ٦٠.

ولابصما، ورجل ذو بصم أي غليظ البصم وبصم بصما: إذا ختم بطرف إصبعه. والبصمة أثر الختم بالإصبع[1].

فالبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها على بصمات الأصابع وهي: الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحا مصقولاً، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصابع وهي لا تتشابه إطلاقاً حتى في أصابع الشخص الواحد.

أما الوراثية: فهي من الوراثة من مصدر ورث وهو الانتقال، وعلم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال[2].

٢- اصطلاحا: نظرا لحداثة هذا المصطلح اجتهد العلماء المعاصرون والمجامع الفقهية في وضع تعريف مناسب له، منها تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث قالت إن البصمة الوراثية هي "البنية الجينية نسبة إلي الجينات المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية"[3].

وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف في دورته الخامسة عشر[4]. وعرفها **د. سعد الدين هلالي:** بأنها تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه [5]. يتضح لنا من هذين التعريفين التركيز على معنيين هما:

١- الدلالة على هوية الشخص انطلاقا من عينة حمض نووي الموجود في خلايا جسمه وانتقالها من الأصول إلى الفروع.

٢- دراسة التركيب الوراثي .

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط٣، ١٩٩٩، الجزء الأول، ص ٤٢٣.

[2] مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، شركة الإعلانات الشرقية مصر ١٩٨٠، مادة ورث ، ص ٦٦٤.

[3] ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٣ - ١٥ أكتوبر ١٩٨٨، الجزء الثاني، عام ٢٠٠٠، ص ١٠٥.

[4] القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها الدورة السادسة من ٠٥ إلى ١٠ جانفي ٢٠٠٢، المجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة.

[5] د.سعد الدين مسعد هلالي البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، لجنة التأليف والتعريب والنشر - الكويت، عام ٢٠٠١، ص ٣٥.

ثانيا ـ مراحل اكتشاف البصمة الوراثية

لقد استطاع الطب الحديث الوقوف على البنية الأساسية لجسم الإنسان أو ما يعرف باصطلاح "الجين"، وكان أهم نتائج هذا الاكتشاف ظهور مايسمى بالبصمة الوراثية، فقد توصل العلماء إلى أن جسم الإنسان يتكون من مجموعة لا تحصى من الخلايا، وأن كل خلية تضم نواة هي المسئولة عن حياة الخلية ووظيفتها، وكل نواة تضم هي الأخرى مادة وراثية وحمضا وراثيا، وأن الحمض النووي الذي يوجد في نواة الخلية يضم ٤٦ كروموزما، نصفها من الأب ونصف الآخر من الأم، وقد تم الاكتشاف الحقيقي الكامل للكروموزمات في الإنسان في عام ١٩٨٥ على يد العالمين " **تجيو وليفان**" [1].

وفي منتصف الثمانينات من القرن الماضي لاحظ البروفسور" **إليك جفري**" Alec Jefery من خلال دراسته المستفيضة على الحمض النووي وجود بعض التكرارات والتتابعات المنتظمة والمحددة في الحمض النووي، التي لا تعرف لها وظيفة سوى تكرار نفسها ومضاعفتها، واستمر في بحثه إلى أن توصل إلى أن التتابعات عبارة عن مناطق فرط بين الجينات الموجودة في سلم الدنا، وهي تختلف من شخص لآخر، وانتهى في بحثه إلى احتمال تطابق هذه الأسس، وتشابهها عند اثنين أمر نادر جدا، ولا يمكن أن يعطي شخصان في العالم نفس صورة نمط الحامض النووي المتكرر إلا في التوأمين المتطابقين، وسميت بذلك بالبصمة الوراثية.

ثالثا ـ خصائصها: وتتلخص أهم خصائص البصمة الوراثية فيما يلي:

١- إن البصمة الوراثية هي أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان وإثبات أو نفي الأبوة أو الأمومة بنسبة نجاح لا تقل عن ٩٩ % وقد تصل إلى حد القطع بنسبة ١٠٠ % في حالة النفي متى تمت بمعايير وضوابط معينة.

٢- تتمتع البصمة الوراثية وجزيء الحامض النووي بمقدرته على الاستنساخ وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل.

٣- إنفراد كل شخص ببصمة وراثية لا تتوافق ولا تتشابه مع أي شخص آخر في العالم إلا في حالة التوائم المماثلة.

---

[1] د. إبراهيم صادق الجندي، والمقدم. حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، عام ٢٠٠٢ ، ص ٣٧.

٤- إمكانية الاحتفاظ بها في الكمبيوتر أو في وسائل الحفظ المختلفة واستحضارها كلما دعت الحاجة لذلك[١].

٥- قوة الحمض النووي وتحمله لأسوأ الظروف كارتفاع الحرارة والرطوبة والتلوثات البيئية وكذلك تحمله ضد التعفن، فلا يفتقد ماهيته ولو مضى عليه وقت طويل .

٦- وكذلك يمكن استخلاصها من بقع دموية جافة أو تلوثات منوية أو الإفرازات المهبلية ويمكن عزل ال DNA الناتج عن الذكر من الإفرازات المهبلية، مثل حالات أخذ عينات بعد عملية اغتصاب[٢].

٧- يمكن استخلاص البصمة الوراثية من الحامض النووي لأي خلية في جسم الإنسان ما عدا خلايا الدم الحمراء التي لا يوجد بها حامض نووي.

الفرع الثاني
موقف الفقه للبصمة الوراثية

تعتبر مسألة البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها في إثبات النسب من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر إلى رأيين، رأي يجيز إثبات النسب بها، ورأي آخر لا يجيز ذلك، وهذا ما سنبينه من خلال الآتي:

الرأي الأول:

ذهب فريق من العلماء المعاصرين[٣]، إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية وذلك تخريجا على مذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز اللجؤ إلى القيافة عند النزاع

---

[١] خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها في الأحكام الفقهية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية عام ٢٠٠٣، ص ٣٢.

[٢] محمد حجاري، المرجع السابق – نظام الإثبات في أحكام الأسرة – ص ٥٣٥.

[٣] د. ناصر عبد الميمان، الجزء الثاني، ص ٦١٢، د. وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، الجزء الثاني، ص ٥١٣. وهذا الرأي هو ما أخذ به دار الإفتاء المصرية ودار الإفتاء التونسية ومجمع الفقه برابطة العالم الإسلامي في قراره السابع في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة ٢١ -٢٦/١٠/١٤٢٢ هـ، وكذا الندوة الفقهية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دورتها الحادية عشرة بالكويت بتاريخ ٠٣/١٠/١٩٩٨.

على النسب او عند تعارض البينات او تساوي الادلة في ذلك[1].

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن البصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في اثبات النسب (القيافة، الشهادة) من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة، وذلك لاستنادها على ضوابط علمية (المورثات الجينية).

وبما أن البصمة الوراثية تؤدي إلى إظهار الحقيقة بصفة قطعية وجازمة، فإنه يمكن القول أن هذه تقنية تعتبر بينة صالحة لإثبات النسب، ولو منعنا العمل بها فإننا نكون بذلك قد حرمنا المكلفين من استخدام وسيلة علمية مضمونة النتائج في إثبات دعاواهم، وهو ما يتنافي مع مقصود الشرع الذي ربط إثبات النسب بأيسر الطرق[2].

---

[1] إن مدى تماشي فكرة الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل في مجال النسب مع مبادئ الشريعة الإسلامية كان معروفا في الفقه الإسلامي بأسلوب القيافة وذلك بالنظر إلي وجود الشبه بين الشخصين لمعرفة ابنيهما نسبة في البنوة أم لا. وقد وجد في الفقه الإسلامي اتجاهان بشأن الأخذ بالقيافة في مجال إثبات النسب فيتشدد القائلون بالأخذ بها وهم جمهور الفقهاء ويؤكدون أن القيافة علم صحيح يجب القضاء به في الانساب لأنها لو كانت غير ذلك، لما اقر بها الرسول صلى الله عليه وسلم.

أما الحنفية فيعارضون الأخذ بأقوال القائف في مجال النسب واستدلوا قولهم هذا بأن علم القيافة يقوم علي مجرد الشبه المبني علي الظن والتفكير والشبه قد يقع بين الأجانب وينتفي عن الأقارب فيقولون أنه لا يدل علي ثبوت النسب بالاعتماد علي قول القائف والواقع أنه بفحص موقف فقهاء الحنفية فإننا نلاحظ السبب الذي دفعهم لرفض الأخذ بالقيافة في مجال النسب هو أنها تقوم علي شئ من الحدس والتفكير بالاستدلال واليقين.

أما في دنيا الناسب في أيامنا هذه فأسلوب القيافة قد تطور وأصبح موضوعا لدراسات دقيقة واسعة النطاق هذا وان العلوم الطبية الحديثة في مجال البصمة الوراثية أفادت بأنها دليل نفي أو إثبات النسب.

ومن هنا يتضح لنا أن فقهاء الحنفية لم يروا الاعتماد علي القيافة في إثبات النسب حيث لم تكن العلوم قد توصلت بعد إلي أن لكل شخص مميزات وراثية لا يشترك فيها مع غيره فان هذا الأسلوب العام الحديث يعتبر وسيلة إثبات يصح الاعتماد عليها وما كان ليرفضها فقهاء الحنفية لو كانت تحت أيديهم الحقائق العلمية التي في زماننا فهي أوثق في عصرنا للتعرف علي حقيقة النسب نفيا أو اثباتا من أسلوب القيافة.

وخلاصة القول أن الأخذ بالبصمة الوراثية لا يعد خروجا عن أحكام الشريعة الإسلامية. لمزيد من التفصيل انظر، د. سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق- البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية – ص ١٠٢، د. محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق العدد الثاني صادرة من مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط ١٩٩٦، ص ٢٩٧.

[2] محمد حجاري، المرجع السابق – نظام الإثبات في أحكام الأسرة – ص ٥٤٠.

الرأي الثاني:

إن البصمة الوراثية إن كانت قطعية الدلالة على مضمونها، فإنه يجوز الحكم بها لنفي النسب دون إثبات من الأب، لأن تطابق الجينات الوراثية بين الابن وأبيه، قد ينتج عن علاقة غير مشروعة (سفاح) وبالتالي لا تكون دليلا لإثبات النسب. أما إذا لم تكن قطعية الدلالة، فلا يجوز الأخذ بها في إثبات النسب ولا في نفيه[1]، وهذا الرأي هو الذي ذهبت إليه وزارة الأوقاف الكويتية وبعض العلماء المعاصرين[2].

فالقول عند هؤلاء هو عدم اعتبار البصمة الوراثية وسيلة لإثبات النسب، والظاهر أنهم تأثروا بما ذهب إليه فقهاء الحنفية من عدم جواز إثبات النسب بالقيافة، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب[3]، ودليلهم في ذلك قوله تعالى " الذي خلقك فسواك فعدلك في أي صورة ما شاء ركبك"[4]. وقوله صلى الله عليه وسلم لرجل من فزارة عندما أخبره بأن زوجته ولدت له غلاما اسود، فقال له "هل لك من إبل" قال الرجل نعم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "فما ألوانها"؟ قال: حمر. " فهل فيها من أورق " قال: نعم إن فيها لورق. قال: " فأنى لها ذلك "؟ قال: عسى أن يكون نزعة عرق، قال" وهذا عسى أن يكون نزعة عرق "[5].

ففي الآيتين الكريمتين أن الله عز وجل خلق الإنسان وركب شكله على الصورة التي يريدها سبحانه وتعالى وليست على قاعدة التشابه بين الولد وأصوله ولو كان الإنسان يشبه أباه باطراد، لكان الناس كلهم على شبه صورة أبيهم آدم عليه السلام[6].

أما في الحديث الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم قد ألغى الشبه الذي تقوم عليه البصمة الوراثية في الحاق النسب، ولو كان الشبه دليل إثبات للنسب لما اثبته الرسول صلى الله عليه وسلم مع انتفائه.

---

[1] د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق – البصمة الوراثية –ص ٧٢٤.

[2] ومنهم د. أحمد حجي الكردي، الشيخ عبد المنيع قوليهما في أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، الجزء الأول، ص ٥١٢ ٥٢٦.

[3] السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء السابع عشر، ص ٧٠.

[4] سورة الانفطار، الآيتان ٠٧، ٠٨.

[5] صحيح البخاري، المرجع السابق– الجزء السادس – ص ٢٦٦٧، حديث رقم ٦٨٨٤.

[6] د. أنور محمود دبور إثبات النسب بطريق القيامة في الفقه الإسلامي دار الثقافة العربية بالقاهرة، عام ١٩٨٥. ص ٤٠.

ومن ادلة هذا الراي ان القيافة تعتمد على الشبه، وهو امر مدرك بالحس، فإن حصل بالمشاهدة فلا حاجة إلى القائف "البصمة الوراثية" وإن لم يحصل بالمشاهدة، لم يقبل إثبات النسب بها، لأنها تدعي أمرا غير مشاهد ولا يدرك بالحس. كما يرون أن العمل بالقيافة يؤول على مجرد الشبه، والشبه قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة قرابة، وقد ينتفي الشبه بين الأقارب. ولما كانت البصمة الوراثية تعتمد على الشبه في إثبات النسب، فإنه يسقط الاستدلال بها تبعا لذلك.

كما أن نتيجة البصمة الوراثية قد لا تكون دقيقة، أوغير قطعية، ومن ثم فلا يصح الأخذ بها كالوسيلة لإثبات النسب لأنها وسيلة ظنية، وأنها ليست من البيانات الشرعية[١].

وفي الأخير يمكن القول إنه رغم أن ما استدل به المانعون لاستخدام البصمة الوراثية كوسيلة في إثبات النسب، إلا أنني أميل مع رأي الجمهور وبطلان رأي مخالفهم، وذلك لأن أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم اعتبروا إثبات النسب بالشبه بقول القائف، فإذا كانت القيافة تعتمد على الشبه، فالبصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في اثبات النسب مثل القيافة من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة. وفي هذا يقول **د/ سعد الدين مسعد هلالي** " وجاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية، دون ما كشف للعورة، أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين، ودون ما تشكك في ذمم الشهود أو المقرين أو القافة لأن الأمر يرجع إلى كشف آلي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان، والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية، ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي، فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجيء لأدلة الظن ونترك دليل القطع؟

إن وسائل إثبات النسب أموراً تعبدية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية، ولن نهملها في الحقيقة لأنها حيلة المقل، فإذا لم تتيسر الإمكانات لتعميم البصمة الوراثية فليس أمامنا بد من الاستمرار في تلك الوسائل الشرعية المعروفة[٢].

كما أوصت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري بالكويت بخصوص البصمة الوراثية بأنها " لا ترى حرجا شرعيا في الاستفادة من هذه الوسيلة بوجه عام في

---

[١] د. حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق – البصمة الوراثية – ص ٧٣٠ – ٧٣٢.

[٢] د. سعد الدين مسعد هلالي، المرجع السابق – البصمة الوراثية – ص٣١٥، ٣١٦.

إثبات النسب المجهول نسبه بناء على طلب الأطراف المعنية مباشرة بالأمر، فهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية[1].

ومن هنا يمكن لنا القول أن الحالات التي يتم فيها استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب تكون كالآتي:

١- مجهول النسب واللقيط الذي يتنازع فيه أكثر من شخص للاستلحاق به، فهنا يمكن استعمال البصمة الوراثية لترجيح أحدهم على الآخر.

٢- تستعمل البصمة الوراثية للإثبات والنفي في حالات ادعاء القرابة بغرض الإرث بعد وفاة شخص الموروث.

٣- في حالة تبادل المواليد في المستشفيات، حيث يحدث الخلط واللبس، وحينئذ تعرض الحالات المشتبه فيها على البصمة الوراثية لإعادة المياه إلى مجاريها الطبيعية فتثبت نسبة كل مولود إلي والديه[2].

٤- اختلاط الأطفال في حالات الحروب، ومطالبة ذويهم أن يعرفوا أطفالهم الحقيقيين .

٥- تستعمل البصمة الوراثية لمنع الوصول إلى اللعان، حينما يشك الزوج في نسب ولده شكا كبيرا لأي سبب كان، حينئذ تعرض المحكمة المرأة و الرجل اللجوء إلى استخدام البصمة الوراثية فإذا كانت النتيجة ايجابية ينتهي أمر الشك، أما إذا كانت سلبية فلا ينتفي النسب إلا باللعان.

٦- انتفاء الأدلة أو تعارضها، أو كان التنازع في الوطء بشبهة من رجلين لامرأة، وقد ذكر الفقهاء صورا كثيرة لمثل هذين النوعين، فتكون البصمة الوراثية مرجحا لعدم وجود ما يرجح سواها[3].

٧- التحقق من شخصية مدعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره ولا ينكره، مثال فقدان الأطفال أو ضياع لأي سبب من الأسباب، فيعجز ذووه من إيجاده، وقد يظهر الشخص بعد

---

[1] د. علي محي الدين القره داغي، د. علي يوسف المحمدي، المرجع السابق – فقه القضايا الطبية المعاصرة – ص ٣٥٧ – ٣٥٨.

[2] د.علي محي الدين القره داغي، د. علي يوسف المحمدي، المرجع السابق – القضايا طبية معاصرة –ص ٣٦٥ .

[3] محمد حجاري، المرجع السابق – نظام الإثبات في أحكام الأسرة – ص ٥٤٢.

سنوات وتغيرت ملامحه وشكله بالكلية فيدعي نسبته إلى عائلة ما، أو يكون المدعون كثرين ولا بينة لهم، فيشتبه الأمر، فتكون البصمة الوراثية هي الوسيلة المناسبة للتحقق من النسب[1].

٨- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين، فالبصمة الوراثية تمكننا عن طريق أخذ عينات من الجثث وتحليلها، ومعرفة الأنماط الجينية لها، ثم الاستدلال على تلك الجثث من ذويهم بمقارنة الأنماط الجينية للأقارب وتلك الجثث.

الفرع الثالث
الموقف المشرع الجزائري

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ نصا خاصا بالبصمة الوراثية واكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كوسائل لإثبات النسب حيث نصت المادة ٤٠ منه " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد ٣٢، ٣٣، ٣٤ من هذا القانون".

إلا أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير أضاف البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب، حيث أصبحت المادة ٤٠ الفقرة الثانية تنص على " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

هذه الفقرة الجديدة تجيز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وكان الاقتراح بتحديد الطرق العلمية القاطعة تمييزا لها عن الطرق العلمية الظنية كفحص فصيلة الدم، فهي لا ترقى بالشك إلى اليقين. والمقصود تحديدا بالطرق العلمية القاطعة هي فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية، مع أن النص جوازي في توجيه القاضي لإثبات النسب بهذه الطريقة العلمية .

ويتضمن ذلك أمرين أحدهما أن إجراء خبرة التحاليل البيولوجية تتم بإشراف القاضي وتوجيهه، ولا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من طرف الخصوم، وثانيهما أن البصمة

---

[1] د.عبد الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد ٣٥ مارس ٢٠٠٣، ص ٣٩٠.

الوراثية قرينة كسائر القرائن تخضع لسلطة تقدير القاضي مثلها مثل بقية الأدلة الفنية. ومعنى هذا أنه لا يمكن أن تقدم تلك الطريقة العلمية بأي حال من الأحوال على الأدلة الشرعية لثبوت النسب، ويظهر قصد المشرع من خلال النص المادة ٤٠ السالفة الذكر، وذلك بإبقائه الأدلة الشرعية في الفقرة الأولى من المادة، ولو كان قصد المشرع اعتبار الطريقة العلمية دليلا شرعيا قائما بذاتها لتم إدراجها ضمن الأدلة الشرعية في فقرة معا[1]. وهو ما يعني اعتبارها دليلا مساعدا أو احتياطيا يأخذ به القاضي في حال فقدان الطرق الشرعية كما في حال النسب المجهول أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية. وفي هذه الحالة متى أمر القاضي بإجراء خبرة البصمة الوراثية من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أطراف الدعوى للكشف عن حقيقة النسب، وله أن يأخذ بما ورد في تقرير البصمة أو يستبعده، ولا معقب عليه في ذلك متى كان حكمه قائما على أسباب سائغة.

كما أن له السلطة التامة في قبول أو رفض طلب أحد المتداعيين ندب خبير البصمة الوراثية متى كان في الأدلة القائمة في الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته والفصل في الموضوع، وذلك عملا بالمبدأ المستقر عليه قضاء أن محكمة الموضوع هي صاحبة القرار في تقدير الأدلة والأخذ بها، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض[2].

أما من الناحية العملية ونظرا لحداثة تقنية البصمة الوراثية ولغياب نصوص قانونية تنظم هذه المسألة، فإننا ورغم بحثنا في اجتهادات المحكمة العليا لم نجد أي قرار استعان به القضاء بالبصمة الوراثية في قضايا النسب، بل اكتفينا بقرار المحكمة العليا في قضية إثبات النسب عن طريق تحليل الدم، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٩٩/٠٦/١٥ [3].

---

[1] المادة ٤٠ من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم ٠٥-٠٢ حيث تنص" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالاقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ من هذا القانون . يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

[2] كما تم تدشين قسما للبيولوجيا الشرعية مخبر الـD NA بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ ٢٠٠٤/٠٧/٢٢ وهذا الإنجاز يعد خطوة هامة في تكريس وتشجيع العمل بالبصمة الوراثية. ويتم في إحدى معاملها الفنية استعمال هذه الوسيلة في قضايا تتعلق بالنسب وإدعاء البنوة أو رفضها ونحو ذلك من القضايا.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوا الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٩/٠٦/١٥، ملف رقم ٢٢٢٦٧٤، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص٨٨. والذي جاء فيه مايلي: " من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا. ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من=

أما في التشريع الفرنسي فإنه بالرجوع إلى القانون رقم ٦٥٣/٩٤ الصادر في ١٩٩٤/٠٧/٢٩، فإن المشرع الفرنسي نص في المادة الخامسة منه على إضافة فصل ثالث للباب الأول من الكتاب الأول للقانون المدني تحت عنوان: دراسة الخصائص الجينية للشخص وتحديد شخصيته عن طريق الفحص بالجينات الوراثية، فقد نصت المادة ١٦ في فقرتها "الحادية عشر" من القانون المدني، على أن "....وفي مجال القانون المدني، فإن تحديد شخصية الفرد بناء على تحليل الجينات الوراثية لا يجب البحث عنه إلا بمناسبة إتمام إجراءات تحقيق مصرح به من قبل القاضي المختص، وبصدد دعوى إنشاء أو منازعة في رابطة البنوة أو دعوى طلب نفقة أو الإعفاء منها .... "[1].

وهكذا فإن المشرع الفرنسي أجاز العمل بالبصمة الوراثية لإثبات البنوة الشرعية أو الطبيعية، واشترط أن يكون ذلك بموجب دعوى ترفع أمام القضاء.

==تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة ١٠ أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون ليس في محله. ومتى تبين – من قضية الحال – أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين، وأن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما ولم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين ٣٣-٦٠ من ق- أ، ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي وثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه باللعان. وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الوجه الأول لعدم التأسيس.

- ومن المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد(٣٢، ٣٣، ٣٤) من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون. ومتى تبين – في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة ٣٠ ومابعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

مما يظهر من موقف المحكمة العليا هو رفضها لإثبات النسب عن طريق تحليل الدم، وذلك لأن القضية المطروحة أمامها هي نزاع بين زوجين، والزوجية قائمة بينهما، فأي ولادة جاءت خلال هذه الفترة ترتب عليها لحوق النسب بالزوج، مالم ينفه بالعان، ومتى وجد الفراش فلا أثر لفحص الدم ولا للبصمة الوراثية. أما في حالة الفراش المجهول، فحسب رأينا أن القضاء الجزائري ستأخذ لامحالة في اعتبار فحص الدم قرينة تخضع لتقدير المحكمة وسلطتها في تقدير الوقائع المطروحة أمامها.

[1] مشار إليها فى كتاب، د.حسينى محمود عبد الدايم، المرجع السابق – البصمة الوراثية – ص ٧٣٧.

أما في التشريع التونسي فالواضح أنه كان سباقاً للنص صراحة على إجازة إثبات نسب المجهول ومن على شاكلته بواسطة البصمات الوراثية، أو التحليل الجيني، ويظهر ذلك جلياً من خلال نص المادة الأولى من مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم ٧٥ لسنة ١٩٩٨ والذى جاء فيه " على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو تطلب الإذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية، ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني، أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل ".

أما فى التشريع المصرى فإن قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠ لم يتعرض لمسألة إثبات النسب إلا في حالة وفاة المورث، وترك الأمر لما هو معمول به بالراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة، فقد نصت المادة ٠٧ من القانون المذكور أعلاه على ما يلى" لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء ".

ومع ذلك فإن القضاء المصرى اعتد بالبصمة الوراثية فى مسائل إثبات النسب، ووجد لها تطبيقات عديدة، ومن ذلك ما جاء في حكم محكمة الزقازيق الكلية للأحوال الشخصية في الدعوى رقم ٩٤٤ بتاريخ ١٩٩٧/٠٦/٢٨[1]، لما كان من المقرر قانوناً أن رأى الخبير لا يخرج عن كونه عنصراً من عناصر الإثبات لمحكمة الموضوع تقديره دون معقب عليها في ذلك، وكان الثابت من تقرير الطب الشرعي الذي تطمئن إليه المحكمة أن الطفل المتنازع على بنوته هو ثمرة معاشرة جنسية للمدعية والمدعى عليه، فإن المحكمة تقضى بثبوت نسب الطفل المدعى عليه" ... ويضاف إلى طرق إثبات النسب سبب رابع، هو تحليل مقابل الأنسجة وبالأخص الحمض النووى D.N.A ،على أن يلاحظ أن النسب الذي يثبت هو النسب الطبيعي دون النسب الشرعي، ولا تلازم بين النسبين...".

---

[1] د. حسينى محمود عبد الدايم، المرجع السابق – البصمة الوراثية – ص ٧٤٦.

الفصل الثاني
التعديلات المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية
وآثاره بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢

الفصل الثاني

التعديلات المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية

وآثاره بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢

لقد أظهرت الجوانب التطبيقية لقانون الأسرة لسنة ١٩٨٤ قصورا تشريعيا خاصة فيما يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، وهو ما اتخذه منتقدوا هذا القانون سندا لهم في المطالبة بمراجعة قانونية أو تعديل ليحقق الانسجام بين الجوانب القانونية والجوانب الشرعية، وأخذاً في الحسبان التطورات التي شهدها المجتمع.

واستجابة لذلك جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة بأحكام جديدة مست الجوانب الموضوعية والاجرائية لانحلال الرابطة الزوجية، إضافة إلى الآثار المترتبة عنها.

وسنحاول تبعا لذلك التحليل ومناقشة هذه الأحكام الجديدة من خلال المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: ونتناول فيه الأحكام الموضوعية والمتضمنة، أسباب التطليق، وأحكام الخلع.

المبحث الثاني: نتطرق فيه للأحكام الإجرائية من خلال دور النيابة العامة كطرف في الدعوى، وإجراءات الصلح، وطبيعة أحكام فك الرابطة الزوجية والتدابير الاستعجالية المتعلقة بها.

المبحث الثالث: ندرس فيه آثار انحلال الرابطة الزوجية أي ما يترتب عن نهاية العلاقة الزوجية وبالخصوص أحكام الحضانة، والحق في النفقة والسكن.

المبحث الأول
التعديلات المتعلقة بالأحكام الموضوعية
لانحلال الرابطة الزوجية

تعتبر الرابطة الزوجية من أهم أسس عقد الزواج، إلا أن هذه الرابطة لا تستمر في كل الأحوال، ذلك أن الزواج قد يتعرض للفشل فيضع حدا للحياة الزوجية. لذلك حرص قانون الأسرة في التعديل الجديد على وضع القواعد اللازمة، فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية لانحلال هذه الرابطة، والمتمثلة في زيادة أسباب التطليق، وتعديل أحكام الخلع.

وسنحاول تسليط الضوء على مجمل التعديلات التي جاء بها هذا التعديل الجديد وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
أسباب التطليق

من الثابت فقها وقانونا أن للزوج حق انهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، وللزوجة في ذلك حق مشابه، بأن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها وهو ما يسمى بالتطليق، غير أن طلب التطليق لا يكون إلا لأسباب يحددها القانون، وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية.

وبالرجوع إلى التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، فقد وسع هذا القانون من دائرة أسباب التطليق، إضافة إلى الأسباب التي تضمنتها المادة ٥٣ من قانون الأسرة ٨٤-١١[1].

---

[1] تنص المادة ٥٣ من قانون ٨٤-١١ على أنه " - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد ٧٨ و ٧٩ و ٨٠ من هذا القانون.
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.
- كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين ٨ و ٣٧ أعلاه.
- ارتكاب فاحشة مبينة ".

أضاف المشرع حالتين هما: الشقاق المستمر بين الزوجين، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. وهو ما سنحاول تفصيله من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول
التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين

الأصل أن الحياة الزوجية تبنى على أساس المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين لقوله تعالي "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعلنا بينكم مودة ورحمة"[1]، إلا أنه قد يطرأ النزاع بين الزوجين فتسوء العشرة الزوجية وتتحول إلى شقاق مستمر.

والمقصود بالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة، الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار والضياع[2]. ومن هنا كان للزوجة طلب التطليق، وفض الرابطة الزوجية.

أولا: التطليق للشقاق في الفقه الاسلامي.

لقد انقسم الفقهاء حول مسألة التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين إلى رأيين:

الرأي الأول:

يرى الحنفية والشافعية أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطليق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً[3]، وعلى القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها فإن لم يمتثل عاقبه تعزيرا بحسب ما يراه كافيا لزجره حتى يمسكها بالمعروف، لكن لا يصل به ذلك إلى إيقاع الطلاق عليه وحجتهم في ذلك قوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا"[4]، فبعث الحكمين هو للإصلاح، وليس لهما ولاية التفريق إلا بتفويض من الزوج وتوكيل من المرأة بقبول الخلع. فالضرر الحاصل للزوجة بسبب الشقاق المستمر مع زوجها يمكن تداركه وإزالته بتعزير الزوج.

---

[1] سورة الروم، الآية ٢١.

[2] د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق – الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع – ص ٥٢٧ .

[3] السرخسي، المرجع السابق – المبسوط، الجزء الخامس – ص٢١٩. الشربيني، المرجع السابق – مغني المحتاج، الجزء الثالث – ص٢٦٠.

[4] سورة النساء، الآية ٣٥.

الراي الثاني:

يرى المالكية، والحنابلة، أنه يجوز التطليق للشقاق أو للضرر منعا للنزاع المستمر بين الزوجين وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما، وبناء على ذلك ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت تعديه والضرر اللاحق بها وأثبتت صحة دعواها، كان لها أن تطلب منه تأديبه وزجره للكف عن إيذائها هذا إن اختارت البقاء معه[1]، أما إذا لم ترض البقاء معه وطالبت بالتطليق طلق القاضي بينهما، وإذا ادعت الضرر وعجزت عن إثباته رفضت دعواها، فإن كررت الادعاء والشكوى عين لها القاضي حكما من أهلها وحكما من أهله يسعيان للإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك فأكثر فقهاء المالكية يجيزون طلاق الزوجة نظير مال تدفعه لزوجها، أما البقية فيجيزون تطليقها دون عوض، ومستندهم في ذلك الآية السابقة واعتبارهم الحكمين كالسلطان في التفريق أو الجمع، ولأن النكاح إنما شرّع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، والابقاء على الزوجية مع التعنت وإساءة العشرة مجلبة لأضرار كثيرة، والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان، وطريق إزالته أن يقوم القاضي التفريق بينهما، فالضرر عند المالكية هو كل ما لا يجوز شرعا، ويثبت بالبنية التي يكفي فيها مجرد سماع الشاهد من بين النساء والرجال في أن الزوج يضار زوجته، كما يثبت أيضا بالإقرار ومنهم من يعتمد فقط على قرائن الأحوال، وفي هذا **يقول الخرشي** " إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة... ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها وضربها ضربا مؤلما..."[2].

وقال الدر دير " وللزوجة التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها كـ" يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون " كما يقع كثيرا من رعاع الناس ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق، ومتى شهدت البينة على الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره"[3].

---

[1] ابن الرشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار أشريفة، الجزائر، الجزء الثاني، ص ٥٠. ابن قدامة، المرجع السابق – المغني، الجزء الثامن – ص١٦٧.

[2] الخرشي، الخرشي على خليل، دار صادر، بيروت لبنان، الجزء الثالث، ص١٣٩.

[3] الدر دير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، طبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء الثاني، ص ٣٤٥.

بعد عرض أدلة كل فريق ومناقشتها، وربما استدل الفريقان بالنص الواحد، كاشتراكهما في الاستدلال بأية الصلح في سورة النساء، وذلك لاختلاف الفهم في النص ونهج كل منهما طريقا في الاستدلال به. وأخلص إلى ترجيح الرأي الثاني الذي يجيز طلب التطليق بسبب الشقاق المستمر، وذلك لقوة أدلته وضعف أدلة المخالفين، فضلا عن ذلك لا يجوز إجبار الزوجة أو الزوج على الاستمرار في الحياة الزوجية إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما يضر بالآخر.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

جاء في المادة ٨/٥٣ من قانون الأسرة المعدل " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: – **الشقاق المستمر بين الزوجين** ".

ولقد كان للاجتهاد القضائي السبق في منح الزوجة حق طلب التطليق للشقاق المستمر. حيث قضت المحكمة العليا بتاريخ ١٥/٠٦/ ١٩٩٩ بما يلي[١]،" من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين_ في قضية الحال_ أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسئول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون ".

فالثابت من هذا الحكم أن الزوج حكم عليه بتوفير سكن منفرد ولم يوفر ما ألزمه الحكم به، وأن الخصام طالت مدته بين الزوجين فلم يبق سوى الحكم بالطلاق. وحيث إن الطلاق لطول مدة الخصام بين الزوجين يعد ضررا، وأنه ثابت أن المسئول عن ذلك هو الزوج لعدم امتثاله للقضاء وتوفير مسكن منفرد للزوجة مما يجعل الضرر لاحقا بالزوجة مما استحقت عنه التعويض[٢].

هذا الاجتهاد حظي بعناية المشرع وارتقى إلى سبب من أسباب التطليق. حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة، فإذا أثبتت الزوجة صحة دعواها طلقها القاضي منه طلقة بائنة، فالإبقاء على الزوجية مع

---

[١] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٥/٠٦/١٩٩٩، ملف رقم ٢٢٤٦٥٥، المجلة القضائية، لسنة ٢٠٠١، عدد ١، ص ١٢٨.

[٢] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة الجزائر لسنة ٢٠٠٧، ص ٥١.

إساءة العشرة مجلبة للاضرار[1]، وإذا عجزت عن إثبات دعواها رفض القاضي طلبها للتطليق، أما إذا تكررت الشكوى وعجزت الزوجة عن الإثبات اختارت المحكمة حكمين للتوفيق والإصلاح بينهما، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين، وعليهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق والنزاع ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين على أن يقدما للقاضي تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين وهو ما نصت عليه المادة ٥٦ من قانون الأسرة " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين".

فعلى الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق، والتحقق من وجود الضرر، وأن يبذلا جهدهما في التوفيق والإصلاح بين الزوجين، وأن يرفعا تقريرهما إلى القاضي، وعلى القاضي أن ينظر في القضية، وفي حالة عجز الحكمين وثبوت الضرر حكم القاضي بتطليقها منه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية في قضية معروضة أمامها:" تطليق بناء على استمرار الشقاق بين الزوجين...

إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون[2].

أما بالنسبة للقانون المصري فقد كان العمل جارياً على مذهب الأحناف إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في المادة ٠٦[3].

---

[1] د. بلحاج العربي، المرجع السابق - الوجيز في قانون الأسرة - ص ٣٠٢.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٦/٠٩/٢٤، ملف رقم ١٣٩٣٩٣، المجلة القضائية ١٩٩٧، عدد٢، ص ٩٦.

[3] تنص المادة ٠٦ على أنه " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين، وقضى على الوجه المبين بالمواد(٠٧، ٠٨، ٠٩، ١٠، ١١)". فقد ذكرت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة الخاص ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية " إن الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كثيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداهما إلى ما خلق الله بينهما من ذرية،=

مستمدا أحكام التطليق للضرر من المذهب المالكي، فأجاز التفريق للشقاق والضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين مثيلاتها، ومتى استعملت الزوجة هذا الحق وطلبته من القاضي وأثبتت صحة دعواها بالطرق الشرعية طلقها القاضي عليه طلقة بائنة.

أما فيما يخص تكرار الشكوى المنصوص عليه في المادة المذكورة هو أن يستمر الخلاف بين الزوجين ويصر الزوج على الاضرار بزوجته، أو يسيء إليها إساءات جديدة بعد رفض دعوى الطلاق. ومن إذا استمر الخلاف بينهما وتكررت الشكوى من الزوجة مدعية أن الزوج لايزال مصرّا على الإضرار بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما[١].

الفرع الثاني
التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

سنتناول في هذا الفرع الموقف الفقهي للتطليق لمخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج، ثم بعد ذلك نبين موقف المشرع الجزائري تجاه ذلك.

أولا: الموقف الفقهي

اختلفت الآراء الفقهية في نظرتهم للشروط بين مضيق وموسع، فالظاهرية لم يعتمدوا الشروط إلا ما نص عليه شرعا، أما جمهور الفقهاء أجازوا على الشروط التي تتفق مع مقتضى العقد ولا تنافيه وإلا فيبطل الشرط ويصح العقد[٢].

=وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة، وليس في أحكام مذهب أبي حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص، ولا ما يرجع الزوخ عن غيه، فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الانتقام... وقد تبينت الوزارة آثار هذا الشقاق بين الزوجين وما قد= =يؤدي إليه إستمرار من الجرائم والاثام ... تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم إليها من الشكايات، فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الامام مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين، عدا الحالة التي يتبين للحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج، فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر".

[١] أحمد حصري، المرجع السابق – الأحوال الشخصية – ص ٤٢٨.

[٢] فجمهور الفقهاء يرون صحة العقد، وبطلان هذه الشروط، لأنها تنافي مقتضى العقد، كما أنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، وذلك لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، فلا يضر الجهل به، فلم يبطله، كما لو شرط في العقد صداقا محرما، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد، كالعتاق. أما بعض المالكية فيرون أن هذا النوع من الشروط لايجوز اشتراطه في عقد النكاح، وذلك لأنه سيفسد به النكاح=

اما الحنابله وبعض المالكية فقد توسعوا في دائرة الشروط واعتبروها صحيحة إلا ما منعه الشارع الحكيم، وهم يقسمون الشروط إلى صحيحة وغير صحيحة، فأما غير الصحيحة فهي تلك التي ورد النهي عنها، كاشتراطها أن يطلق امرأته الأولى أي تطليق الضرة أو أن تشترط ألا يستمتع بها، ففي هذه الحالات يبقى عقد النكاح صحيحا، وتبطل هذه الشروط، لأنها الشروط تنافي مقتضى العقد، ومن المعلوم أن الشروط التي تنافي مقتضي العقد تبطل وحدها مع بقاء عقد النكاح صحيحا، أما الشروط الصحيحة فهي التي فيها منفعة لأحد الزوجين ولم يرد نهي عنها، ومنها ألا يسافر بها إلى مكان لا تريده أو ألا يتزوج عليها، وهذه الشروط واجبة الوفاء بها، فإذا لم يتحقق الوفاء بها فات رضاه بالعقد، والرضا أمر لابد منه في عقد النكاح، ولهذا قال الذي قضى عليه **عمر بن الخطاب** – رضي الله عنه – بلزوم الشرط " **إذن تطلقها**" فلم يلتفت عمر إلى قوله هذا، بل قال:" مقاطع الحقوق عند الشروط، ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به، كشرط تقديم الرهن والكفيل بالثمن في عقد البيع"[1]، أي أنه يحق للطرف المتضرر فسخ النكاح، فإما أن يكون الطرف المتضرر هو الزوج فيقوم بفسخ النكاح عن طريق الطلاق، وإما أن يكون الطرف المتضرر هي الزوجة فتقوم هي بطلب التطليق وذلك لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد النكاح.

أما الحنفية فيرون أن الشرط إذا كان لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، ولم يتحقق مضمون الشرط، لم يكن لمن اشترطه الخيار في فسخ العقد، وذلك بأن تشترط الزوجة على زوجها أن لايتزوج عليها، أو أن لا ينتقل بها من دارها، ثم لم يف الزوج بهذه الشروط، لم يكن لها الخيار في فسخ النكاح من أجل فوات الشرط. وكذلك لو شرط الزوج في المرأة أن تكون بكرا، أو جميلة، ثم ظهرت على خلاف ذلك، لم يكن للزوج الخيار في فسخ العقد النكاح، ومن ثم فإن الشرط الباطل أو الفاسد يترتب عليه إلغاء الشرط وبقاء العقد صحيحا[2].

==إن شرط فيه، ثم اختلفوا في ذلك. فقيل يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده. وقيل يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل، ويسقط الشرط. ابن قدامة، المرجع السابق - المغني مع الشرح الكبير، الجزء السابع – ص٤٥٠. البهوتي، المرجع السابق – كشاف القناع، الجزء الخامس – ص٩٨. أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار الفكر، بيروت، الجزء الثاني، ص٣٨٤. عليش، المرجع السابق – فتح العلى المالك، الجزء الأول– ص٣٣٣ . د. محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الدار البيضاء، المغرب، عام ٢٠٠٣، ص١٤٢ وما بعدها.

[1] ابن قدامة، المرجع السابق – المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء السابع – ص٤٤٩.

[2] وذلك لأن فوات الشرط يترتب عليه فوات الرضا بالعقد، وفوات الرضا بالعقد لا أثر له في عقد النكاح، ولهذا يصح النكاح ويكون لازما عم الإكراه، ومن هنا فإن الحنفية يرون أن الزواج لايبطل بالشروط=

أما الشافعية فيفرقون بين ما إذا كانت الشروط التي تنافى مقتضى عقد النكاح لا تخل بمقصوده الأصلي، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، أو لا يسافر بها، فهنا لا تأثر هذه الشروط على عقد النكاح، فيبقى العقد صحيحا ويبطل الشرط وحده، لأن فساد العوض لا يؤثر فيه، ففساد الشرط أولى. وبين ما إذا كانت هذه الشروط تخل بمقصوده الأصلي، كأن تشترط عليه أن لا يطأها، أو شرط أن لا يقسم لها، أو لا ينفق عليها، فإن العقد يبطل، لأنه ينافي مقتضى عقد النكاح ومقصوده[1].

وفي هذا يقول **الغزالي** في الوجيز:" ولا يفسد النكاح بشرط لا يخل بمقصوده، كشرط أن لا يتسرى عليها، أو لا يمنعها من الخروج، أو لا يجمع بينها وبين ضراتها في مسكن، أو لا يقسم لها، أو لا ينفق عليها، ويفسد بكل مايخل بمقصوده، كشرط الطلاق، وترك الوطء، إلا على وجه بعيد، وإذا لم يفسد بالشروط فسد الصداق، لأن المشروط، فيتعين الرجوع إلى مهر المثل"[2].

أما المالكية فيرون أن هذا النوع من الشروط مكروه، وهو المشهور عند المالكية، لكنه لا يفسد النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده، لأنه لا يخالف مقتضى العقد، وذلك لأنه يمكن للزوج أن يوفى به، وله أن لا يوفى به[3].

وفي الأخير يمكن القول أن الفقهاء اتفقوا جميعا على أن الشرط الموافق لمقتضى العقد يلحق بأصل العقد، ولا أثر له عليه، ويجب الوفاء به، وإذا أخل أحد الزوجين بهذا الشرط جاز له طلب التطليق لمخالفة هذا الشرط.

=الفاسدة. الكاساني، المرجع السابق – بدائع الصنائع، الجزء الخامس – ص١٦٩. د. علي محمد على قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥، ص١١٤.

(١) الشربيني، المغني المحتاج إلى شرح المنهاج، طبعة الحلبي وأولاده ١٣٧٧ه، ١٩٥٨ م، الجزء الثاني، ص٢٢٦.

(٢) د.علي محمد علي قاسم، المرجع السابق – التفريق بين الزوجين – ص١١٧، نقلا عن أبي حامد الغزالي، الوجيز، مطبوع مع شرحه العزيز، دار الكتب العلمية ببروت، الجزء الثامن، ص٢٥٢.

(٣) عليش، المرجع السابق – فتح العلى المالك، الجزء الأول – ص٣٣٦.

كما اتفقوا على صحة العقد وبطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، إلا أنهم اختلفوا في مدى تأثير العقد بالشروط التي ليست من مقتضاته ومقاصده[1].

بعد عرض أراء الفقهاء فإنني أميل إلى الرأي الذي يجيز طلب التطليق لمخالفة الشرط إذا كان هذا الشرط جائزا، ولا ينافي مقتضى العقد، وذلك لقول سيدنا عمر بن الخطاب بإلزام الشرط، وقوله " مقاطع الحقوق عند الشروط" ، فإنه يصح للطرف المتضرر طلب التطليق. وكذلك لقوله صلى الله وسلم " أحق الشروط أن توفوا بها ما أستحللتم به الفروج "[2]. أما إذا كان شرط منافيا لمقتضى العقد، فإن العقد يبقى صحيحا ويبطل الشرط.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي، حيث جاء في المادة ٩/٥٣ على ما يلي " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج". والشروط المقصودة ما نصت عليه المادة ١٩ من قانون الأسرة المعدلة[3].

فقد أجاز القانون للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطا تكون فيها فائدة مادامت لا تحل حراما أو تحرم حلالا، ومادامت لا تنافي أو تناقض مقاصد عقد الزواج، فإذا تضمن العقد شرطا من هذه الشروط، وكان هذا الشرط لمصلحة الزوجة، فقد أجاز لها أن

---

[1] فالحنفية والمالكية يرون أن هذه الشروط غير صحيحة، لاتثبت لشارطها الخيار في فسخ العقد عند عدم الوفاء به، أما العقد فيبقى صحيحا، سواء اشترطت هذه الشروط قبل الدخول أو بعده.أما الشافعية فيفرقون بين ما إذا كانت هذه الشروط لا تخل بمقصود العقد، أو تخل بمقصوده، فإن كانت لاتخل بمقصوده، فإنها لا تؤثر في العقد، ويكون العقد صحيحا، وإن أخلت بمقصوده الأصلي، فإنه تؤثر فيه، ويبطل النكاح.

أما الحنابلة فيرون أن الشروط الصحيحة تثبت لصاحبها الحق في فسخ العقد، عند الإخلال بها، لأن صاحب الشرط لم يرض بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط، فإذا لم يتحقق الوفاء به، فات رضاه بالعقد. وفي حالة الشروط المنافية لمقتضى العقد النكاح، فإنه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا.

[2] سبق تخريجه.

[3] نصت المادة ١٩ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ على أن " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

تلجأ إلى القاضي طالبة التطليق على هذا الزوج. وما يمكن رؤيته أنه ليس بمجرد عدم تنفيذ الزوج لشرط المتفق عليه يكون سببا من أسباب التطليق، ولكن تبقى السلطة التقديرية للقاضي[1].

أما على المستوى التطبيقي نجد قرار المحكمة العليا بتاريخ ١٩٩١/٠٢/٢٠ جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

وهذا ما أخذ به القانون المغربي من خلال المادة ٩٨ الفقرة الأولى من مدونة الأسرة المغربية، وذلك بإعطاء الزوجة الحق في التطليق في حالة الإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج، كما اعتبرت الإخلال بالشرط من الأضرار المبررة لطلب التطليق من خلال المادة ٩٩ من مدونة الأسرة المغربية[3].

أما في القانون المصري فلم يتطرق إلى حق الزوجة في طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

وبالرجوع إلى المادة ١١ مكرر من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والتي تنص على أنه "... ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها..." .

---

[1] أحمد نصر الجندى، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر ٢٠٠٩ ، ص١٢٣.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩١/٠٢/٢٠، ملف رقم ٧٥٥٨٨، المجلة القضائية، ١٩٩٣ عدد٤، ص ٧٨.

[3] تنص المادة ٩٩ من مدونة الأسرة المغربية على أن" يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق. يعتبر ضرر مبررا لطلب التطليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة...".

من خلال استقراء هذه المادة فإنه يجوز للزوجة طلب التطليق لتعدد الزوجات، سواء اشترطت ذلك في عقد الزواج أو لم تشترط، كما يجوز لها اشتراط كل الشروط التي تكون لها منفعة لمصلحتها، بشرط أن لا تنافي مقتضى العقد ولا تكون مخالفة للشريعة الإسلامية.

وحسب ما رأينا فإنه يمكن في القانون المصري للزوجة طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

المطلب الثاني
أحكام الخلع

الخلع في اللغة من خَلَعَ ثوبه ونعله وقائده وخلع عليه خِلْعة، كله من باب قطع، وخلع امرأته خلعا بالضم والخلع الوالي عزل، وخالعت المرأة بعلها أرادته على طلاقها ببدل منها له، فهي خالع[١].

أما في الاصطلاح: فهو إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة[٢].

وعرفه **الحنفية** بقولهم " إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه"[٣]. **أما المالكية** فقالوا: اسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل إلى معنى واحد و هو بذل المرأة العوض على طلاقها[٤].

وعرفه **الحنابلة** بأنه:" فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته، أو غيرها بألفاظ مخصوصة". ويستمد مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع.

من الكتاب: قوله تعالى " وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "[٥].

---

[١] ابن منظور، المرجع السابق – لسان العرب، الجزء الثامن – ص ٧٦.

[٢] المبارأة: من بارءه شريكه إذ برأ كل واحد منهما صاحبه.

[٣] ابن عابدين، المرجع السابق – رد المحتار على در المختار – الجزء الثالث، ص ٤٨٣.

[٤] ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية النقتصد، الجزء الثاني – ص٥٥.

[٥] سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

من السنة: عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، أما إني ما أعيب عليه في خلق ولا في دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[١] .

ومن الإجماع: فقد أجمع جمهور الفقهاء على مشروعية الخلع[٢]، بينما اشترط الظاهرية[٣]، صحة الخلع وقوع النشوز لقوله تعالى:" فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ".

ومن هنا سنتناول التكييف الفقهي والقانوني للخلع، والموقف الفقهي و التشريعي من شروط الخلع من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول
التكييف الفقهي والقانوني للخلع

سنتناول في هذا الفرع التكييف الفقهي والقانوني للخلع، وذلك من خلال تبيين هل الخلع يعتبر يمينا أم معاوضة، وهل يمكن اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا، وسنبين ذلك من خلال النقاط الآتية:

أولا: اعتباره يمينا أم معاوضة

١- **الموقف الفقهي:** الأحناف يرون أن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج، فهو تعليق الطلاق من الزوج بقبول المال، لأن الزوج الذي يقول لزوجته "خالعتك على مائة درهم" يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع مائة درهم، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء، لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج. أما بالنسبة للزوجة فيعتبر معاوضة، لأنها بقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج، مقابل افتداء نفسها من قيود الزوجية وكأنها قالت له "رضيت أن أشتري عصمتي منك بهذا البدل"، إلا أن صاحبي أبي حنيفة قالوا إن الخلع يمين من جهة الزوج والزوجة معا[٤]. ورتب الأحناف على ذلك مايلي:

---

[١] أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، باب ما جاء في الخلع، المطبعة المصرية بالأزهر، الجزء السادس، ص١٦٩. سنن النسائي المجتبي، المرجع السابق، ط١ ١٣٨٣ه، ١٩٦٤م، الجزء السادس ص٥٦،٥٧.

[٢] ابن رشد، المرجع السابق - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص ٦٦.

[٣] أبو محمد علي بن محمد بن حزم الأندلسي، المحلي، دار الكتب العلمية، الجزء التاسع، ص ٥١١.

[٤] كمال بن همام، المرجع السابق - شرح فتح القدير، الجزء الثالث- ص١٩٩.

يصح إيجاب الزوج بالخلع حتى ولو كانت الزوجة غائبة عن مجلس الخلع، فإذا بلغها إيجاب الزوج وقبلت في نفس المجلس الذي علمت فيه تم العقد على الخلع، أما إذا قامت من مجلسها دون أن تصرح بقبولها بطل إيجاب الزوج، وبذلك لا يتم انعقاد الخلع.

– إذا كان الزوج هو المبادر للخلع، فلا يبطل إيجابه برجوعه عنه، ولا بقيامه من المجلس قبل قبول الزوجة، وذلك لأن إيجاب الزوج يمين، واليمين لا يجوز الرجوع عنها لا صراحة ولا دلالة، فإذا قامت الزوجة من المجلس دون أن تقبل يبطل الإيجاب الصادر من الزوج بالخلع، وذلك لأن الخلع معاوضة من جانب الزوجة والمعاوضة تبطل بتفريق عاقديها بعد الإيجاب وقبل القبول.

– يصح للزوج أن يعلق إيجابه بالخلع على شرط معين، كما يجوز له أن يضيف الخلع إلى زمن مستقبل، وذلك لأن الخلع في حقه يمين، واليمين يجوز تعليقها، أما الزوجة فلا يصح تعليق إيجابها على شرط، أو إضافته إلى زمن مستقبلي، وذلك لأن الخلع في حقها معاوضة، والمعاوضة لا تقبل التعليق ولا الإضافة[١].

في حين يذهب جانب من الفقه في مقدمتهم المالكية إلى أن الخلع حق أصيل للزوجة يحق لها اللجوء إليه متى شاءت وإن أرادت ذلك، إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة الزوجية رفقة زوجها يعد ضربا من المحال، وهي بذلك لا تحتاج إلى مجلس عقد ولا إلى إيجاب الزوج في مخالعتها[٢].

٢– **موقف التشريعي:** إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم ٨٤–١١ لم يتعرض لمسألة الخلع على أنه يمين أم معاوضة، كما أورده الفقهاء في كون الخلع يعد يمينا من جانب الزوج لأنه يرتبط بالطلاق ويعد معاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض، حيث اكتفى في المادة ٥٤ من قانون الأسرة بالقول " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه..."، مما جعل بعض الشراح الأخذ برأي ألا خلع بدون إرادة الزوج، وحاولوا شرح المادة ٥٤ على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنوا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة. وفي هذا يقول **د/ بلحاج العربي** " إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، فقبلت وتم

---

[١] السرخسي، المبسوط، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء الخامس، ص٢٠٣،٢٠٢.

[٢] ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني– ص٦٨.

ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على المال، يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية"(١).

ولعل الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة التكييف كونه اكتفى بالقول أنه في حال النزاع على مال بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

ولكن المشرع الجزائري فصل في أمر التكييف الفقهي للخلع في التعديل الأخير للقانون الأسرة بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ حينما عدلت المادة ٥٤ منه ونصت على أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..."، وفي ذلك تأثير واضح للمذهب المالكي في اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في حكمها بتاريخ ١٩٩٩/٠٧/٢١ " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. إن المادة ٥٤ من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون"(٢).

ثانيا: هل اعتبر الخلع فسخا أم طلاقا

١- **الموقف الفقهي:** اختلف الفقهاء أيضا حول اعتبار الخلع طلاقا أم فسخا، فيرى جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والشافعية أن الخلع طلاق بائن(٣)، فلا ترجع الزوجة إلى زوجها إلا

---

(١) د. بلحاج العربي، المرجع السابق- الوجيز في قانون الأسرة - ص ٢٦٣ ، ٢٦٤.

(٢) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٢/٠٧/٢١، ملف رقم ٨٣٦٠٣، عدد خاص، ص١٣٤، تعليق حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، ص١٦٧.

(٣) الشيخ برهان الدين الرشداني المرغياني، المرجع السابق - الهداية شرح بداية المبتدى، الجزء الأول - والثاني، ص٢٩٣. السرخسي، المرجع السابق - المبسوط، الجزء الخامس - ص ١٩٩.

بعقد جديد وهو مذهب بعض الصحابة كعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم[1]، لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى[2]، واحتجوا من يرون أنه طلاق بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ. وفي هذا يقول **السرخسي** " وإذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع جائز والخلع تطليقة بائنة عندنا"[3].

أما الذين قالوا بأن الخلع فسخ ومنهم **أحمد بن الحنبل** في إحدى الروايتن **وداود** وأحد قولى **الشافعي**، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وأبي ثور، واحتج الامام أحمد بأنه فسخ بحديث ابن عباس، واحتج ابن عباس بقوله تعالى " الطلاق مرتان" ثم قال " فلا جناح عليكما فيما افتدت به" ثم قال " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"، فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ[4]. وفي نفس الصدد ذكر **الإمام بن قيم الجوزية** بقوله " والذي يدل على أنه ليس بطلاق، أنه سبحانه وتعالى رتب الطلاق بعد الدخول الذي لا يستوفي عدده ثلاثة أحكام، كلها منتفية على الخلع ويعد فسخا لأنه محسوب بين الثلاث، فلا تحل بعد استيفاء العدد بعد دخول الزوج وإصابته، كما أن العدة فيه ثلاثة قروء" ويضيف **ابن القيم** قوله " ومن نظر إلى حقائق العقود ومقاصدها دون ألفاظها يعد الخلع فسخا بأي لفظ كان حتى بلفظ الطلاق"[5].

وفي الأخير يمكن ترجيح قول جمهور الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم ولقوله صلى الله عليه وسلم " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[6] أي رسول صلى الله عليه وسلم اعتبر أن الخلع طلاق وليس فسخا.

---

[1] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط٥، ٢٠٠٣، الجزء الثالث، ص١٣٦.

[2] وقال ابو ثور إن لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليه رجعة وإن كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة، ابن رشد ، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني – ص٥٧.

[3] السرخسي، المرجع السابق – المبسوط، الجزء الخامس – ص١٩٩.

[4] ابن قدامة، المغني، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الجزء السابع، ص٥٦، ٥٧.

[5] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، المكتبة العربية، صيدا بيروت، ص ٣٢٥.

[6] سبق تخريجه.

2- موقف المشرع الجزائري : أما فيما يتعلق بالخلع من حيث إنه فسخ أم طلاق فإن المشرع الجزائري كان واضحا بالتنبيه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقا لا فسخا وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة. فقد خص المشرع في الباب الأول في الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من المواد ٣٢ إلى غاية المادة ٣٥ من قانون الأسرة[1].

كما أنه ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج" وذلك في المادة ٤٧ التي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو وفاة. ثم تطرق في المادة ٤٨ من قانون الأسرة التي تنص على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين ٥٣ و٥٤ من نفس القانون.

ونجد أن المادة ٥٤ التي تنص على أن الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثر الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بأن الخلع طلاقا لا فسخ، على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، بينما الأمر يختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق[2].

---

[1] تنص المادة ٣٢ من قانون الأسرة، يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وأوضحت المادة ٣٣ منه أيضا على ركن الرضا المهم والأساسي في إقامة الزواج إذا اختل بطل الزواج، والمفهوم هنا أن البطلان مطلق، أما الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول، والمادة ٣٤ اعتبرت الزواج بإحدى المحرمات فاسد يوجب

فسخه قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء، أما في المادة ٣٥ وهي الأخيرة أكدت على أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان العقد صحيح والشرط باطلا.

[2] باديس ذيابي، المرجع السابق – صور فك الرابطة الزوجية – ص ٦٩ .

الفرع الثاني
الموقف الفقهي و التشريعي من شروط الخلع

ما يمكن ملاحظته منذ الوهلة الأولى هو تمسك المشرع الجزائري بالفقه المالكي خلافا لما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية فيما يخص مسألة الخلع والفداء، كما أعطى المشرع للزوجين حرية التفاهم على بدل الخلع سواء كان قليلا أو كثيرا، أو يكون أكثر من المهر أو أقل، أما إذا حصل خلاف بين الطرفين، فإن القاضي يتدخل لرفع النزاع وتحقيق العدل وذلك بالرجوع إلى صداق مثلها من النساء وقت صدور الحكم بالخلع، وهذا مانصت عليه المادة ٥٤ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥- ٠٢ " - يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

-إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

ومن هنا نرى أن المشرع الجزائري أضاف أمرا جديدا لم يكن في قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ والمتمثل في جواز الخلع سواء كان الزوج راضيا بوقوعه أم غير راض، ومن هنا يتضح لنا أن رضى الزوج ليس شرطا لصحة الخلع.

أما فيما يخص شروط الخلع والمتمثلة في الأهلية، والصيغة، وبدل الخلع، فإن الفقهاء بينوا ذلك، بخلاف المشرع الجزائري فقد أهملها، بل اكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها عند اتفاقهما، أما إذا اختلف في مقداره فالقاضي هو الذي يحدده، بحيث لا يتجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم.

أولا:الأهلية:

إن لكل عقد شروطا ومن بين شروط الخلع الأهلية زوجا وزوجة، وهو ما سنحاول تفصيله من خلال موقف الفقهاء من ذلك ثم نبين موقف المشرع الجزائري.

١ـ الموقف الفقهي:

الحنفية: قالوا إن الأهلية ضرورية فلا يصح خلع الصبي ولا المجنون ولا المعتوه ولا المغمى عليه[1]،

---

[1] وذلك لأن الصبي ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره، وهذا لأن القصد ينبني على الخطاب، والخطاب ينبني على أعتدال الحال، وكذلك فعل أبيه عليه في الطلاق باطل، لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقق الحاجة إليه وذلك لا يتحقق في الطلاق والعتاق، أما المعتوه والمغمى=

بخلاف السكران والمكره[1]، أما إذا اختلعت الصغيرة من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها، لأن الزوج من أهل الإيقاع وإيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كما لو قال لها إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت ولكن لا يلزمها المال، لأن التزام المال من الصبية لا يصح خصوصا فيما لا منفعة فيه كالالتزام بالاقرار والكفالة، وذلك لأن وقوع الطلاق يعتمد القبول لا وجود للقبول.

وقد نتساءل هنا: هل للأب أن يخالع عن ابنته الصغيرة من زوجها على صداقها التي لم يدخل بها زوجها؟ والجواب أنه إذا كان الأب هو الملتزم للمال بضمانه فهنا يتم الخلع، كما لو خالع امرأته مع أجنبي على مال وضمن الأجنبي، فإن لم يضمن الأب فالخلع هنا باطل لأنه ليس له ولاية الزام المال إياها بهذا السبب، إذ لا منفعة لها فيه ولا يدخل في ملكها شيء بخلاف ما لو زوج ابنه الصغير بماله فإن ذلك العقد من مصالحه ويدخل في ملكه شيء متقوم بإزاء ما يلزمه من المال، فإن ضمن الأب المال جاز الخلع، لأن الزوج ينفرد بالإيقاع واشتراط القبول في الخلع لأجل المال.

أما عن الكبيرة فلا يصح لأحد أن يخالع عنها من مالها بدون إذنها، فإذا خالع عنها أبوها بغير إذنها وقد ضمن، فإنه يصح وترجع هي بالصداق على زوجها ثم الزوج على الأب بحكم ضمانه[2].

أما المالكية: يشترط المالكية أهلية المرأة، وذلك بأنه يجوز للرشيدة مخالعة نفسها، وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر، وقال مالك يخالع الأب ابنته الصغيرة كما

==عليه من مرض، فهم بمنزلة الصبي لانعدام القصد. السرخسي، المرجع السابق – المبسوط، الجزء الخامس – ص٢٠٩.

[1] وذلك لأن السكران مخاطب فإذا صادف تصرفه محله نفذ كالصاحي، لأن السكر لا يزيل عقله إنما يعجز عن استعماله لغلبة السرور عليه، بخلاف النائم لأن النوم يمنعه من العمل، فلانعدام الايقاع نقول إنه لا يقع، والسكر لا يمنعه من العمل مع أن الغفلة بسبب النوم لم تكن عن معصية وهذا بخلاف الردة فإن الركن فيها الاعتقاد، والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته، لانعدام ركنها لا لتخفيف عليه بعد تقرر السبب.

أما المكره فتأثير الاكراه يكون في انعدام الرضا لا في اهدا القول حتى تنعقد تصرفات المكره، ولكن ما يعتمد لزومه تمام الرضا كالبيع والشراء لا يلزم منه وما لا يعتمد تمام الرضا كالنكاح والطلاق والعتاق يلزم منه. للمزيد انظر السرخسي، المرجع السابق – المبسوط، الجزء الخامس – ص٢٠٨، ٢٠٩.

[2] السرخسي، المرجع السابق – المبسوط، الجزء الخامس – ص٢١٠، ٢١١.

ينكحها، ونفس الشيء بالنسبة للإبن الصغير لأنه عنده يطلق عليه، بخلاف الشافعي وأبو حنيفة قالوا لا يجوز لأنه لا يطلق عليه عندهم.

أما المريضة فخلعها جائز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها، وروي عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله، أما الشافعي فقال إذا اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال إن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث. أما فيمايخص المهملة التي لا وصي لها وأب فقال أبو القاسم يجوز خلعها إذا كان خلع بمهر المثل، بخلاف ابن سيرين فقال لا يجوز الخلع إلا باذن السلطان[1].

أما الشافعية: قالوا يشترط في الزواج أن يكون بالغا عاقلا مختارا، لأن الخلع طلاق فالزوج ركن لا شرط، وكونه يصح طلاقه شرط في الزوج، فلا يصح من الصبي والمجنون والمكره، أن يكون له مطلق التصرف في ماله فلا يكون محجورا عليه حجر السفيه، وللحجر أسباب خمسة ذكر **المصنف** منها ثلاثة: الرق والسفه والمرض، وأسقط الصبا والجنون لأن الخلع معهما لغو، ولو كانت المختلعة مميزة كما جرى عليه **ابن المقرى** لانتفاء أهلية القبول فلا عبرة بعبارة الصغيرة والمجنونة بخلاف السفيهة، وجعل **البلقيني** المميزة كالسفيهة.

أما المريضة مرض الموت فيصح أن تخالع زوجها، لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها بخلاف السفيهة، فإن كان العوض يساوي مهر المثل، فإنه ينفذ لأن مهر المثل في نظير حل العصمة، فليس فيه تبرع، أما إذا كانت الزيادة على مهر المثل، فذلك يعد تبرعا وفي هذه الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث، فإن له أخذها بدون اعتراض وإن كانت أكثر وأجاز الورثة فإنه يأخذها. ولهذا يقال أن المريضة مرض الموت مطلقة التصرف في العوض الذي يساوي مهر المثل، وما زاد عن ذلك تجري عليه أحكام الوصية[2].

أما الحنابلة: قالوا إنه يشترط في المرأة أن تكون أهلا للتصرفات المالية، فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه، ولو بإذن الولي، لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات وقد أجازه البعض إذا كان في ذلك مصلحة.

---

[2] ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني – ص٥٧.

[1] الشربيني، المرجع السابق – مغني المحتاج، الجزء الثالث – ص٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥.

أما شروط الزوج المخالع فهي شروط المطلق فيصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه، فيصح خلع المسلم والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق ويفعله والرشيد والسفيه لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه فيصح خلعه[1].

٢ـ موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها، ذلك لأن المشرع في نص المادة السابعة من قانون الأسرة نص على أنه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام ١٩ سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...". وهذه المادة تكفينا للتكلم عن شروط الأهلية عند مخالعة الزوج لزوجته أي أن يكون متمتعا بقواه العقلية، وغير محجور عليه طبقا لنص المادة ٨٥ من قانون الأسرة والتي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، وإلا وقع تصرفه باطلا ولا ينتج أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذو أثر مالي يحتاج إلى أهلية التصرف وبغيابها ينوبه وليه طبقا للمادة ٢١٠ /٢ من قانون الأسرة[2].

كما يرى "**فضيل سعد**" أن الخلع هو :" تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة ٢٠٣ من قانون الأسرة[3]، لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع، ولكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوم بمال فهو ليس عوضا لما دفعته. وبالتالي لا يصح اعتباره عقد معاوضة وبذلك فإذا كانت سفيهة محجورا عليها، فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية، كالمجنونة والمعتوهة والصغير عديمة التمييز فإن أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذا الحال فإن أباها هو الذي يتكفل بذلك، وفي حالة غياب هذا الأخير يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له. ولكن الحال الذي يستدعي

---

[1] ابن قدامة، المرجع السابق – المغني، الجزء السابع – ص ٨٣. د. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة(النكاح، الطلاق)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١ ٢٠٠٥ م، الجزء الرابع، ص ٣١١.

[2] تنص المادة ٢/٢١٠ من قانون الأسرة " وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا"

[3] تنص المادة ٢٠٣ من قانون الأسرة "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة ١٩ سنة وغير محجور عليه".

النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني -فهل يصح لها ذلك؟ ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية وتصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقا للمادة ٨٣ من قانون الأسرة[1].

كما يجوز للقاضي أن إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج، إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذ بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن وباعتماد القاعدة الفقهية "كل من صح طلاقه صح خلعه" فإن من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الخلع إلا بإذن.

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت -هنا عرض الزوجة للمخالعة مقبول- وتكون ملزمة ببدل الخلع، لأنها أهل لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها عندئذ بحكم قضائي، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعها زوجها عليه، وفي حالة وفاتها فبدل الخلع يكون لازما على أن لا يتجاوز ثلث التركة وإذا زاد على مهر المثل، لأنها تملك حق التصرف في مالها ما عدا التبرع بأكثر من الثلث، فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل فإنه ينفذ ولو زاد على الثلث، لأن الأصل في بدل الخلع أن يساوي قيمة الصداق وأما إذا كان أكثر من ذلك فلا ينفذ لكون بدل الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة، وتطبيقا للمادة ٢٠٤ من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى المادة ١٨٥ من القانون نفسه، فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

ثانيا: صيغة الخلع

لا بد للخلع من صيغة فلا يصح بالمعطاة، كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أن يقول لها، "اختلعي على كذا"، فيقول لها " خلعتك على ذلك"، فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه، أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، وإن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفا، وفي صيغة الخلع وشروطها نتعرض لتفصيل المذاهب في ذلك ثم موقف المشرع الجزائري.

١- الموقف الفقهي

الحنفية: يرى الحنفية أن الخلع يعتمد على الرضا كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج ولاية ايقاع الطلاق ولها ولاية التزام العوض، و يشترط الحنفية مطابقة الايجاب بالقبول

---

[1] تنص المادة ٨٣ من قانون الأسرة " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (٤٣) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

" فإن قال لامرأته قد خالعتك، أو بارأتك، أو طلقتك بألف درهم فالقبول إليها في مجلسها"، ولهذا فإن ايجاب الخلع من الزوج في المعنى تعليق الطلاق بشرط قبولها، لأن العوض من جانبه في هذا العقد طلاق، وهو محتمل للتعليق بالشرط، ومن هنا لا يبطل بقيامه عن المجلس ويصح منه.

أما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف درهم فطلقها واحدة فله ثلث الألف ولو طلقها ثلاثا في كلام متفرق في مجلس واحد في القياس يلزمها ثلث الألف ولو كانت قالت له طلقني ثلاثا على ألف درهم أو على أن لك عليّ ألف درهم فطلقها واحدة، قال أبو حنيفة تقع تطليقة رجعية وليس عليها شيء من الألف وقال أبو يوسف ومحمد يقع عليها تطليقة بائنة بثلث الألف[1].

أما إذا كانت غائبة حتى إذا بلغها فقبلت في مجلسها تم، وإن قامت من مجلسها قبل أن تقبل بطل ذلك، لأنه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الأمر منها، لأنها تقدر على المشيئة في مجلسها فيبطل بقيامها.

أما المالكية: قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط.

– أن تكون لفظا بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحا أو كناية فإذا عمل عملا يدل على الطلاق بدون مطلق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف[2].

– أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علّقه الزوج بالأداء أو الاقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس. فإذا قال لها: "إن أقبضتني عشرين درهما أو أديت إلي كذا فأنت طالق"، فإن لها أن تقبضه بعد المجلس، و متى فعلت ذلك بانت منه، إلا إذا طال الزمن بعد الانصراف عن المجلس، بحيث تمكث مدة، يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فإنه يُعمل بها فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.

– أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال، فإذا قال لها "أنت طالق على ألف" فقبلت طلقت وعليها الألف، ولا بد من القبول في الوجهين لأن معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك، ومعنى قوله " على ألف على شرط يكون لي عليك، العوض لا يجب بدون قبوله، والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده.

---

[1] وحجتهم في ذلك أن الخلع من عقود المعاوضات، وحرف على كحرف الباء، كقول بعتك منك هذا المتاع بدرهم، أو على درهم. السرخسي، المرجع السابق – المبسوط، الجزء الخامس – ص٢٠٢، ٢٠٣.

[2] ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني– ص

أما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف، لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف، وهذا لأن حرف الباء يصحب الأعواض والعوض ينقسم على المعوّض والطلاق بائن لوجوب المال[1].

أما الشافعية: قالوا صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية، ويصح بكنايات الطلاق مع النية وبالعجمية، فلو قال " بعتك نفسك بكذا" فقالت اشتريت فكناية خلع، وإذا بدأ بصيغة معاوضة كطلقتك أو خالعتك بكذا، فقال الشافعية أن الخلع طلاق وهو معاوضة فيها شوب تعليق، وله الرجوع قبل قبولها، ويشترط قبولها بلفظ غير منفصل، فلو اختلف إيجاب وقبول " كطلقتك بألف فقبلت بألفين وعكسه أو طلقتك ثلاثا بألف فقبلت واحدة بألف فالأصح وقوع الثلاث ووجوب ألف، وإن بدأ بصيغة تعليق كمتى أو متى ما أعطيتني فتعليق فلا رجوع له، ولا يشترط القبول لفظا ولا الاعطاء في المجلس، وإن قال إذا أعطيتني فكذلك لكن يشترط إعطاء على الفور[2].

أما شروط الصيغة فهي: أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين، ومنها أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب، ومنها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق، فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه، فإنه لا يصح، ومنها أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام، ومنها أن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها " طلقتك بألف" فإن الثلاث تقع بألف، وذلك وإن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، لكنه وافقه في المال، والزوجة تملك المال والزوج يملك الطلاق، وقد وافقته فيما تملك، فتلزم به ويلزم بالثلاث[3].

أما الحنابلة: يشترط في صيغة الخلع عدة شروط.

- أن تكون لفظا، فلا يصح الخلع بالمعطاة ولو نوى بها الطلاق، بل لا بد فيه من إيجاب وقبول.

- أن يكون الإيجاب والقبول في المجلس، فإذا قال لها " خالعتك بكذا" وقام من المجلس قبل قبولها فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم تقبل.

---

[1] برهان الدين، المرجع السابق – الهداية شرح بداية المبتدى، الجزء الأول والثاني– ص٢٩٤، ٢٩٥.

[2] الشربيني، مغنى المحتاج، الجزء الثالث، ص٢٦٩، ٢٧٠.

[3] د. عبد الرحمن الجز يري، المرجع السابق، ص ٣٢٣، ٣٢٤.

– ألا يضيف الخلع إلى جزء منها، فإذا قال لها " خالعتك يدك أو رجلك بكذا" وقبلت كان لغـوا، وذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق، بخلاف الطلاق الذي يقع عندما يضاف إلى جزء المرأة[١].

– أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها " إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يـصح ولـو بذلت له ما سماه، بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه. وإذا اجتمع شرط مع الخلع فإن الخلع يصح، والشرط يبطل مثل ذلك إذا اشترط الخيار، كما قال لها "خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لـك ثلاثة أيام" فإن الخلع يصح والخيار يبطل فيقع الخلع فورا وله الحق في العوض"[٢].

٢ـ موقف المشرع الجزائري:

إن المشرع الجزائري لم يتعرض في المادة ٥٤ من قـانون الأسـرة لمـسألة الـصيغة وشروطها تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له، تطبيقا لـنص المادة ٢٢٢ من قانون الأسرة التي تنص على أن " كل ما لم يرد النص عليه في هـذا القـانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ". حتى أن المادة ٥٤ قبل تعديلها بنصها علـى أنـه " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم" ، لم توضح إن كان الاتفاق حـول مبـدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط إيقاع الخلع، ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضى، وقد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين

ـ الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبيقه في عـدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها، القرار الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٢١ تحـت رقـم ٥١٧٢٨ والذي جاء فيه :" من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبـدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول مـن هـذا

---

[١] ابن قدامة، المرجع السابق – المغني، الجزء السابع – ص٧١، ٧٢.

[٢] ابن قدامة، المرجع السابق – المغني، الجزء السابع – ص٧١. د. عبد الرحمن الجزيـري، المرجـع السابق، ص٣٢٤ ، ٣٢٥.

الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة[1].

والقرار الصادر بتاريخ ١٩٩١/٠٤/٢٣ والذي جاء فيه، "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون"[2].

ـالاتجاه الذي لا يشترط رضى الزوج بالخلع:

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها، القرار الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٠٧/٢١ تحت رقم ٨٣٦٠٣ والذي جاء فيه من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع -في قضية الحال- لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن"[3].

والقرار الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٠٣/١٦ والذي جاء فيه :" الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[4].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٨٨/١١/٢١، ملف رقم ٥١٧٢٨، المجلة القضائية، ١٩٩٠، عدد٣، ص٧٢.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩١/٠٤/٢٣، ملف رقم ٧٣٨٨٥ ، المجلة القضائية، ١٩٩٣، عدد ٢، ص٥٥.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٢/٠٧/٢١، ملف رقم ٨٣٦٠٣ ، اجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص١٣٤، تعليق حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، ص١٩٧.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٩/٠٣/١٦، ملف رقم ٢١٦٢٣٩، اجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص١٣٨.

إن سكوت المشرع الجزائري في القانون رقم ٨٤-١١، وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضى الزوج، فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة ولا يشترط فيه رضا الزوج أخذا بالمذهب المالكي، وقد صدر عن المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية- قرار تحت رقم ١٤١٢٦٢ المؤرخ في ١٩٩٦/٠٧/٣٠ والذي قضى:" أن طعن الزوج بالخلع انتهى إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقد رضائيا بين الزوجين"[1]، وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع وتعد إعادة الوفاق بين الطرفين، ويبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

وقدساير القضاء الجزائري الاتجاه القائل برضا الزوج لصحة الخلع، لكن الرأي تغير بعدها بتغيير العديد من الظروف، حيث نصت المادة ٥٤ من قانون المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

وفي ذلك تأثير واضح للمذهب المالكي في اعتبار الخلع حقا أصيلا للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يمكن لها اللجوء إليه إن شاءت إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة الزوجية ضرب من المحال، وبذلك فلا حاجة لمجلس عقد ولا أي إيجاب الزوجة في مخالعتها ولا أي قبول الزوج[2]، وذلك تتويجا لاجتهادات المحكمة العليا منذ سنة ١٩٩٢، والتي صبت جلها في خانة الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وهو حق للزوجة تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبيسة التزكية والموافقة من الزوج.

ثالثا: بدل الخلع:

إن الخلع كما سبق بيانه هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدي به الزوجة نفسها، فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع، وبدونه لا يتحقق، فإن قال الزوج لزوجته "خالعتك" وسكت لم يكن ذلك خلعا، وإن نوى الطلاق كان طلاقا رجعيا وإذا لم ينو شيئا لم يقع به شيء لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية". فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه. وهو ما سنحاول تفصيله من خلال عرض آراء الفقهاء والموقف المشرع الجزائري على النحو الآتي:

---

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٦/٠٧/٣٠، ملف رقم ١٤١٢٦٢، المجلة القضائية، ١٩٩٨، عدد١، ص١٢١.

(2) ابن رشد، المرجع السابق - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني - ص٦٨.

١ـ الموقف الفقهي:

يجوز شرعا أن يأخذ الزوج مالا أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منـــه، ولا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى " فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، فإذا كان البدل مساويا لما دفـــع للزوجة من مهر حل له أخذه، أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى، وهذا بإجماع الفقهاء إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البدل أكثر مما قدم إليها من مهر وفـــي هـــذا الشأن كان لكل مذهب رأيه.

الحنفية: أما بالنسبة لبدل الخلع فاللحنفية روايتان.

أ- أن أخذ الزيادة جائز، لا شيء فيه، وذلك لما جاء في رواية الجامع الصغير: أن امرأة ناشزة أتى بها عمر- رضي الله عنه- فحبسها في مزبلة ثلاثة أيام ثم دعاها وقال كيف وجدت مبيتك فقالت ما مضت علي ليال هن أقر لعيني من هذه الليالي، لأني لم أره فقال عمـــر- رضـــي الله عنه- وهل يكون النشوز إلا هكذا اخلعها ولو بقرطها. وعن ابن عمر- رضـــي الله عنـــه- أن مولاة اختلعت بكل شيء لها، فلم يعب ذلك عليها. وعن ابن عباس- رضي الله عنه- قـــال لـــو اختلعت بكل شيء لأجزت ذلك[١].

كما أن الخلع معاوضة والبدل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله تعالى " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"[٢].

ب – أن أخذ الزيادة مكروه، وذلك لقوله تعالى " فلا جناح عليها فيما افتدت به"، لأن آخر الآيـــة مردود إلى أولها والتي تنهي الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما آتوهن من مهـــور واســـتثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله، ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابـــت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " أتردين عليه حديقته؟ فقالت " نعم وزيادة"، فقال صلوات الله عليه وسلم أما الزيادة فلاء وروي أنه قال لثابت إخلعها بالحديقة، ولا تزدد ولأنه لا يملكها شيئا إنما يرفع العقد فيحل له أن يأخذ منها قدر ما ساق إليها بالعقد، ولا يحل له الزيادة على ذلك[٣].

---

[١] السرخسي، المرجع السابق – المبسوط، الجزء الخامس – ص٢١٦.

[٢] سورة النساء، الآية٤٠.

[٣] السرخسي، المرجع السابق – المبسوط، الجزء الخامس– ص٢١٥.

أما المالكية: فيرون أنه ما يجوز أن تختلع به الزوجة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قبلها، وبمثله وبأقل إذا كان النشوز منه، ويرى بعض المالكية أنه ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت بن قيس بسائر الأعواض في المعاملات[1].

أما الشافعية: قالوا أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر، ولا فرق أن يكون البدل عينا أو دينا أو ضعفه[2]، وضابطه أن " كل ما جاز أن يكون صداقا جاز أن يكون عوضا في الخلع" لعموم قوله تعالى " فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[3].

أما الحنابلة: قالوا إنه يستحب للزوج أن لا يأخذ أكثر مما أعطاها، ويصح الخلع بأكثر من الصداق إن تراضيا على ذلك، وهو قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس أنهما قالا لو اختلعت إمرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزا، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمر وبن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاها، وهو ما اختاره أبوبكر وقال فإن فعل رد الزيادة. واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم " أتردين عليه حديقته"، قالت نعم فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد[4].

٢ـ موقف المشرع الجزائري:

لقد نصت المادة ٥٤ من قانون الأسرة رقم ٨٤-١١" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه، لاسيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا، وبعبارة فقهية أكثر دقة :" أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل خلع"، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة

---

(١) ابن رشد، المرجع السابق – بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني – ص٥٦.

(٢) الشربيني، المرجع السابق – مغني المحتاج، الجزء الثالث– ص٢٦٤.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٤) ابن قدامة، المرجع السابق – المغني، الجزء السابع – ص٥٣، ٥٤.

هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانونا، ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة هي حق للمحضون، وليس للزوجة حق الغير بدلا للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معــه. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتفقا عليه بين الزوجين.

أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أداءه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا يتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجــة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلــع مــن خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في ١٩٦٨/٠٥/٢٢ عن المجلس الأعلــى سابقا، والذي جاء فيه " من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس علــى مبلغه، فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على الصداق المعجل، وما يثبت لهــم من الظلم، وينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه فورا، إذ تمكن فوق ذلك تأجيل دفعه، كما يسوغ أن يكون شيئا غير موجود وقت الاتفاق"[1].

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ ١٩٨٥/٠٤/٢٢ تحت رقم ٣٦٧٠٩ جــاء فيه :"من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بــين الــزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع ومن ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثــم الحكم بالطلاق. وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجة إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغا قدره خمسين ألــف (٥٠٠٠٠دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا"[2].

رغم الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، إلا أن المشرع الجزائري في تعديلــه الأخيــر أبقى على تقدير بدل الخلع للسلطة التقديرية للقاضي.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٦٨/٠٥/٢٢ ، مجموعة الأحكــام القــضائية، الجزء الأول، ص٣٥.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٨٥/٠٤/٢٢، ملــف رقــم ٣٦٧٠٩، المجلــة القضائية، ١٩٨٩، عدد١، ص٩٢.

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ لم يحسم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج، فالمادة تحدثت فقط على إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون أن يتم التوضيح إذا كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا. لكن المشرع في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ حسم الأمر واعتبر أن الخلع حق أصيل للزوجة تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبيسة تزكية والموافقة من الزوج، وذلك من خلال نص المادة ٥٤ المعدلة "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

أما في القانون المغربي فقد تناول مسألة الخلع في المواد (١١٥، ١٢٠) من مدونة الأسرة المغربية حيث نصت المادة ١١٥ على أن " للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة ١١٤ أعلاه".

مما يتضح لنا من هذه المادة أنه يمكن للزوجين أن يتفقا على الطلاق بواسطة الخلع نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العيش مع زوجها، بخلاف القانون الجزائري الذي نص في مادته ٥٤ على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها.

كما نص القانون المغربي على أن بدل الخلع يمكن أن يصح بكل شيء يصلح الالتزام به شرعا[1]، عكس القانون الجزائري الذي لم يبين ذلك.

أما بالنسبة للقانون المصري فكان يأخذ على أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، وظل الخلع بعيدا على التقنين حتى جاءت المادة ٢٠ من قانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص" للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه، ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع، إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما، خلال مدة لا تتجاوز ثلاث أشهر وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٨، والفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٩ من هذا القانون. وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ولا يصح أن يكون مقابل خلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم، ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن.

ويكون الحكم – في جميع الأحوال – غير قابل للطعن عليه بأي طريقة من طرق الطعن".

---

[1] تنص المادة ١١٨ من مدونة الأسرة المغربية بقولها " كل ما صح الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولامغالاة ".

من نص هذه المادة يتضح لنا أن القانون المصري يخالف القانون الجزائري وذلك بجعل الخلع في القانون المصري رضائيا أما في القانون الجزائري فهو حق أصيل للزوجة. كما نصت المادة في القانون المصري أنه عند الخلاف يرفع الأمر من الزوجة إلى القاضي ليحكم بالخلع، والحكم بالخلع يكون وجوبيا -أي إلزاميا- وليس للقاضي أية سلطة تقديرية للقبول أو الرفض ويقع الطلاق بائنا، كما لا يصح أن يكون بدل الخلع يتضمن إسقاط حضانة الصغار أو حضانتهم أو أي حق من حقوقهم.

أما بالنسبة للأحكام الصادرة في دعاوى الخلع فتكون غير قابلة الاستئناف فيما عدا جوانبها المادية[1]، وفي القانون المصري فالأحكام الصادرة في دعاوى الخلع تكون غير قابلة للطعن بأي طريق من طرق الطعن، لا في جوانبها المادية ولا في طبيعة الحكم.

و أخيرا يمكن القول بأن المشرع الجزائري في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥- ٠٢ خالف معظم التشريعات العربية وذلك فيما يخص عدم موافقة الزوج في مسألة الخلع متأثرا بذلك بالمذهب المالكي، كما بين أن بدل الخلع إذا لم يحصل إتفاق بين الطرفين، فإن القاضي يتدخل هنا لفض النزاع بين الطرفين وذلك بتقدير بدل الخلع بصداق مثلها من النساء وقت صدور الحكم بالخلع.

---

[1] المادة ٥٧ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ تنص على ما يلي " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية...".

المبحث الثاني

التعديلات المتعلقة بالأحكام الإجرائية لانحلال الرابطة الزوجية

لم تحض الأحكام الاجرائية باهتمام كبير من فقهاء الشريعة الاسلامية قياسا على الأحكام الموضوعية، ويعود ذلك إلى أن الأحكام الاجرائية ترتبط بواقع المجتمع.

فالأحكام الاجرائية تعتبر انعكاسا ومقياسا لمدى تطور المجتمع، فكلما كان المجتمع بسيطا كانت الحاجة إلى الأحكام الاجرائية قليلة، وكلما تعقدت سبل الحياة دعا ذلك لايجاد أحكام اجرائية جديدة تبعا لهذا التعقيد.

وبناء على ما سبق فقد جاء قانون الأسرة الجديد بأحكام إجرائية جديدة لانحلال الرابطة الزوجية، من خلال تفعيل دور النيابة العامة في دعاوى الأحوال الشخصية، وبيان كيفية إجراءات الصلح بين الزوجين قبل الفصل في دعوى الطلاق، وأخيرا طبيعة أحكام فك الرابطة الزوجية والتدابير الاستعجالية المتعلقة بها.

المطلب الأول

النيابة العامة كطرف في الدعوى

النيابة العامة هي الأمينة على المصالح في المجتمع، وهي الهيئة التي تعمل على الدفاع عن المصلحة العامة والتي تسهر على تطبيق القانون، وتتولى رفع الدعوى المرتبطة بالمصلحة العامة باسم المجتمع في الحدود التي وضعها القانون.

وقد جعلها المشرع الجزائري سلطة الإدعاء العامة التي تقوم بوظيفة الاتهام للحفاظ على حسن تطبيق القوانين والدفاع عن المجتمع وحقوقه. باعتبارها ممثلة للدولة في التطبيق السليم والصارم للقانون، إلا أن الوظائف القضائية للنيابة العامة لا تنحصر فقط في الميدان الجنائي، بل هناك وظائف هامة في المادة المدنية أسندت إليها، حينما يتعلق الأمر بالنظام العام سواء من ناحية المسائل محل النقاش أو من ناحية الأطراف، فهي حارسة النظام العام[1]، ولا تقتصر مهمة النيابة العامة في السهر على التطبيق السليم للقانون، لكنها تسهر أيضاً على حماية الذين لا يستطيعون حماية أنفسهم نتيجة لحالتهم العقلية أو بسبب سنهم أو حالتهم ويزداد دورها في الدعوى المدنية يوماً بعد يوم نظراً لازدياد دور الدولة الحديثة في

---

[1] د. أحمد هندي، القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية، مقصد التيسير الإجرائي، مقالة في دورة المقاصد الشريعة، جامعة الإسكندرية، فبراير ٢٠٠٩، ص٠٦.

الحياة الاقتصادية والاجتماعية وبالتالي اتساع دائرة النظام العام في المجتمع مما أدى إلى ازدياد دور النيابة العامة[1].

كما تمارس النيابة العامة مهاما استثنائية في بعض القضايا المدنية على وجهين، إما كطرف منظم أو إضافي بمعنى أنها تتمثل في الخصومة وتحضر المحاكمة لإبداء الرأي. وقد تكون طرفاً أصلياً ويجوز لها التدخل في الدعاوى الخاصة بعديم الأهلية ونقصيها والغائبين والمفقودين والدعاوى المتعلقة بالأوقاف الأهلية والهبات، وكذلك الدعاوى التي ترى النيابة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب، وفي جميع القضايا الأخرى التي يكون تدخلها فيها ضروريا[2].

ولكن التعديل الأخير الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ استحدث حكماً جديداً تضمنته المادة ٠٣ مكرر التي جاء فيها " تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون "[3].

وقد أحدث هذا النص اشكالات كبيرة عند تطبيقه في الميدان القضائي، وأدى بالبعض إلى مطالبة الخصوم بتكليف النيابة العامة بالحضور عن طريق المحضر القضائي، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلاً.

ومن ضمن ما نقرأه يومياً في الجرائد وعلى سبيل المثال ما جاء في الجريدة "**الخبر**" أن رجال القانون يطالبون وزارة العدل بمراجعة إجراء " حضور النيابة في قضايا الأحوال الشخصية لما فيه من إهدار للوقت والمال " وإن وكيل الجمهورية يقضى ٤٨ يوماً كل سنة في ترديد " يرجى تطبيق القانون". وأن هذا الاجراء هو عبئ إضافي على المتقاضين في المال والوقت، كما هو الشأن بالنسبة لتكاليف تبليغ ممثلي النيابة العامة لحضور الجلسات عن

---

[1] ولم يقتصر على الدعوى العمومية فقط، بل امتد إلى نطاق الدعوى المدنية وإن اتصالها بالدعوى المدنية لا يهدف إلى حماية بعض الحقوق الخاصة أو الدفاع على المصالح الفردية، بل أن النيابة العامة باعتبارها هيئة عمومية، فإنها تعمل على حماية المصالح العامة وحماية الشرعية في المجتمع والعمل على تطبيق القانون تطبيقاً سليماً لتحقيق السير الحسن للعدالة. وهذا ومانصت عليه المادة ٢٦٠ من قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩، المؤرخ في ١٨ صفر ١٤٢٩هـ الموافق لـ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ م.

[2] أحمد نصر الجندي، نيابة شئون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، دار الكتب القانونية مصر، عام ٢٠٠٦، ص٣٢.

[3] والذي نراه أن هذا النص هو نفس النص المقتبس من القانون المغربي في مادته الثالثة من مدونة الأسرة المغربية الجديدة لسنة ٢٠٠٤ وهو نفس النهج الذي نجده في باقي تشريعات الأسرة العربية.

طريق المحضر القضائي.

وقد أثار هذا الإجراء صعوبات من حيث تنفيذ الحكم. في ظل قانون ٨٤-١١ كان التنفيذ من مهام النيابة العامة، حيث لا يمكن للمتقاضين الحصول على النسخة التنفيذية إلا بعد تبليغ وكيل الجمهورية، الذي يصدر شهادتي عدم المعارضة وعدم الاستئناف، وهو ما يستغرق أكثر من أسبوعين يقضيها المتقاضون في انتظار الصيغة التنفيذية[1].

هذه الصعوبات والاشكالات تدفعنا إلى البحث عن حل يتوافق مع طبيعة دور النيابة العامة أمام قاضي الأحوال الشخصية أو قاضي شئون الأسرة. ومن هنا سنحاول إبراز دور الذي تقوم به النيابة العامة في مسائل الأسرة. من خلال إبراز مركز النيابة العامة في قضايا شئون الأسرة، وحقوق النيابة العامة في رفع الدعوى والآثار المترتبة عن عدم تبليغها. وذلك من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول
مركز النيابة العامة في قضايا شئون الأسرة

تطلق عبارة النيابة العامة على مجموعة من القضاة في جهة قضائية تكون مهمتهم الدفاع عن مصالح المجتمع، وهم يشكلون القضاء الواقف وذلك لأنهم خلال الجلسات التي يحضرونها وعند مرافعاتهم يكونون واقفين بخلاف قضاة الحكم الذي يكونون جالسين وهذا ما نصت عليه المادة ٢٩ من قانون الإجراءات الجزائية[2]، وكذلك تمارس النيابة العامة الدعوى المدنية وذلك بتدخلها كطرف أصلي مدعى أو مدعى عليه كقضايا حالة الأشخاص وقضايا شئون الأسرة وهذا مانصت عليه المادة ٢٦٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم ٠٨-٠٩، وكطرف منظم عندما تتدخل لإعطاء رأيها في كيفية تطبيق القانون وهذا مانصت عليه المادة ٢٥٩ من القانون نفسه.

أولا: النيابة العامة كطرف أصلي فى المسائل المتعلقة بالأسرة

لقد استند المشرع الجزائري إلى عدة اعتبارات في إدخال النيابة العامة كطرف أصلي في جميع قضايا قانون الأسرة، كونها تدعى باسم الحق العام وتقوم بحماية الصالح العام والنظام العام فهي حامية الحقوق والحريات خاصة في مسائل الأسرة.

---

[1] جريدة الخبر يوم الاثنين ١٩ مايو ٢٠٠٨، الموافق ١٤ جمادى الأول ١٤٢٩ هجرية، ص٠٦.

[2] المادة ٢٩ من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري " تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع".

ومن أمثلة تدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة، تقديمها طلبات بطلان الزواج عندما يكون باطلاً بطلانا مطلقا إذا كان أحد الزوجين غير بالغ، أو إذا كانت العلاقة الزوجية سرية، أم تم إبرام عقد الزواج عن طريق الإكراه والتهديد. أو تزوجت المرأة منفصلة عن زوجها السابق دون أن تنتهي عدتها[1]، ولها كذلك أن تطلب تعيين مدير مؤقتاً على أموال الغائب، وأن تصرح بوفاة الأشخاص المفقودين، وفقاً للمادة ١١٤ من قانون الأسرة.

ومن وظائفها كذلك محافظة على مصالح القصر وعديم الأهلية، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها.

هذه بعض الحالات التي تتدخل فيها النيابة العامة عن طريق رفع الدعوى كطرف أصلي، وبصفتها هذه يحق لها أن تحضر في كل إجراءات القضية في التحقيقات وكل الإجراءات تحرر باسمها والهدف هو تطبيق القانون وحماية الصالح العام. وكذلك يجوز لها أن تحرك الدعوى العمومية بهذا الشأن إذا رأت أن الأمر يشكل جريمة من جرائم القانون العام.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار مركز النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة كمدعية فقد تهدف إلى مجرد تقرير حق أو مركز قانوني أو إنكاره مثل طلب ثبوت رابطة زوجية أو بنوه، وقد يكون بإنشاء مركز قانوني جديد كطلب التفريق بين الزوجين، وبما أن الخصومة ملك للخصوم، فإن للنيابة أن تدعى باسم النظام العام وترد في نفس الوقت على ادعاءات الخصوم، وهذا مانصت عليه المادة ٢٥٧ من ق.إ.م بقولها" تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام".

والنيابة العامة باعتبارها طرفاً أصليا في قضايا الأسرة يجب أن تتوفر فيها شروط قبول الدعوى في حالة ادعائها طبقاً للمادة ١٣ من ق.إ.م[2]، التي تشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة أن ترفع من شخص له صفة أو أهلية ومصلحة في ذلك[3].

---

[1] عمر زودة، المرجع السابق – طبيعة دور النيابة العامة – ص ٢٩١.

[2] المادة ١٣ من قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩:" لا يجوز لأي شخص، التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...".

[3] مزيان محمد مقران، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، الرسالة التخرج لنيل إيجازه المدرسة العليا للقضاء الدفعة ١٤ لسنة ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦، ص ١٥.

وكأصل عام فإن حق النيابة العامة قاصر على الدعوى العمومية، التي نستأثر بتحريكها ومباشرتها أمام القضاء الجزائي، أما مباشرة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني فلا يكون إلا استثناء بشرط أن يوجد نص في القانون يمنحها هذا الحق، فإذا رفعت الدعوى أمام القضاء المدني دون وجود سند قانوني يمنحها هذا الحق، فلا تقبل الدعوى لانتفاء الصفة، ولو كان سبب رفع الدعوى هو المصلحة العامة[1].

إذن قد يسمح القانون للنيابة العامة أن تعمل أمام القضاء المدني كطرف أصلي وكمدعى أو مدعى عليه بأن تقف موقف الدفاع، وهو أمر استثنائي لا يصل به إلا حيث ينص القانون صراحة على ذلك.

وعندما تعمل النيابة العامة كطرف أصلي فهي تأخذ بذلك مركز الخصم في الخصومة المدنية، بحيث تتمتع بجميع حقوق الخصم، فلها توجيه سير الخصومة وإبداء الطلبات والدفوع وتقديم الأدلة، ولها حق الطعن في الحكم الصادر في الدعوى لغير مصلحتها، وإلى جانب ذلك قد يسمح للنيابة العامة أن تعمل أمام القضاء المدني كطرف منظم وليس أصلي.

وخلاصة القول فإن صفة الطرف أو الخصم تقتضي أن يصدر الحكم له أوعليه، و النيابة العامة هنا لا يمكن الحكم لها و لا الحكم عليها، حتى لو جاز القول إن النيابة طرف أصلي مدخل في الخصام فإن الحكم الذي ستصدره المحكمة سيصيب نصيب منه المدخل في الخصام سلباً أو إيجاباً والنيابة هنا لا نصيب لها في نتيجة الحكم[2].

وهذا ما يجرنا إلى القول بأن النيابة العامة لا تعد خصماً حقيقياً وإنما هي خصم شكلي ليست لديها مصلحة شخصية فهي تقف في الدعوى موقف الحكم المحايد لا يهمه إلا قول الحقيقة والقاضي يهمه أن يسمح لرأى جهة مختصمة ومحايدة لا تهمها من النزاع إلا تطبيق القانون وسهر على حسن سير العدالة.

ثانيا : النيابة العامة كطرف منظم في المسائل المتعلقة بالأسرة

تكون النيابة العامة طرفاً منظماً في قضايا شئون الأسرة عندما ترفع الدعوى

---

[1] عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة ٠٣ مكرر من قانون الأسرة، الأمر رقم ٠٥-٠٢ المجلة المحكمة العليا. عدد ٢ السنة ٢٠٠٥، ص ٣٨.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق – قانون الأسرة في ثوبه الجديد– ص ١٨٢ ، ١٨٣.

القضائية من طرف أصحاب الشأن ولا يقصد بتدخلها هذا أن تنظم إلى أحد الطرفين، بل يجب عليها أن تعمل دون أن تنحاز لأحدهما لأن الهدف هو ضمان تطبيق القانون وقد جرى الفقه على تسمية النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة بالطرف المنظم[1]. ولا تعتبر بتدخلها هذا طرفا وإنما هي ممثلة للمصلحة العامة في الخصومة الناشئة بين طرفيها، وعلى هذا الأساس تتحدد سلطاتها وتنحصر في إبداء رأيها في القضية، وذلك من أجل سلامة تطبيق القانون، ويكون تدخل النيابة العامة عندما تعمل كطرف منظم وجوبياً أو اختيارياً على النحو التالي .

١- تدخل النيابة العامة الوجوبي

يمكن للنيابة العامة أن تعمل كطرف منظم في الخصومة المدنية ويكون تدخلها وجوبياً بمقتضى القانون، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦٠ من قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩[2].

ومن هذا النص كانت قضايا الأحوال الشخصية تعتبر من القضايا المبلغة وجوباً والنيابة العامة طرف منظم وتدخلها وجوبي في القضايا سالفة الذكر وجوازي في غير ذلك من القضايا[3]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/١٢ بقولها " من المقرر أن إطلاع النيابة العامة على القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص من القواعد القانونية الجوهرية المتعلقة بالنظام العام التي أوجبتها المادة ١٤١ من ق- إ- م القديم أي المادة ٢٦٠ من القانون الجديد رقم ٠٨-٠٩، ومن ثم يستوجب نقض وإبطال القرار الذي لم يرد فيه رأي النيابة العامة حسب طلباتها المكتوبة"[4].

---

[1] عمر زودة ، المرجع السابق- طبيعة دور النيابة العامة - ص ٣٦.

[2] وهذا مانصت عليه المادة ٢٦٠ من قانون الاجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩ بقولها "يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (١٠) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية: - القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها،- تنازع الاختصاص بين القضاة، - رد القضاة، - الحالة المدنية، - حماية ناقصي الأهلية، - الطعن بالتزوير، - الإفلاس والتسوية القضائية، - المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين. ويجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا. يمكن أيضا للقاضي تلقائيا،أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى".

[3] بن داود عبد القادر ، المرجع السابق- الوجيز في شرح قانون الأسرة - ص ٥٩.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/١٢، ملف رقم ٢٥٦٦٢٩، المجلة القضائية ٢٠٠٢، عدد٢، ص٤٢٢.

ولكن يمكننا القول إنه في قضايا الزواج والطلاق تعمل النيابة العامة كطرف منظم ولكن بصفة أخرى أي تنظم إلى الدعوى ولا تكون لا مدعى ولا مدعى عليها، أي تكون طرفاً أصلياً ليس بصفة مطلقة حيث إنها لا تبدى طلبات ولا دفوعا لأنه ليس من مصلحتها أن تقف إلى جانب الزوج أو إلى جانب الزوجة بل تلتمس تطبيق القانون، رغم أن المادة ٠٣ مكرر تشير إلى تدخل النيابة العامة في جميع قضايا شئون الأسرة .

٢ـ تدخل النيابة العامة الاختياري

يجوز للنيابة العامة أن تتدخل أمام القضاء المدني في أية قضية إذا رأت أنها تمس بالنظام العام، وهذا الحق متروك لتقديرها، فتستطيع أن تتدخل في أية قضية، ويسمى هذا التدخل بالتدخل الاختياري أو تعلقاً، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦٠ في فقرتها الرابعة من قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩[1].

ولا يجوز للجهة القضائية أن ترفض تدخل النيابة العامة في الدعوى كون النزاع لا يتعلق بالنظام العام، أو أن يتمسك الخصوم بعدم قبول تدخل النيابة العامة في الدعوى، لكن النزاع خارج عن نطاق النظام العام أو عدم تعلقه بالآداب. حيث إن النيابة العامة هي التي تستقل بتقدير ما إذا كان تدخلها من دواعي الصالح العام أم لا.

كما أنه قد يرى القاضي من تلقاء نفسه أنه من الضروري أن تتدخل النيابة العامة لإبداء رأيها في القضية ولا يجب عليها أن ترفض، بل يجب عليها أن تبدى رأيها في القضية، ومن حقها أن تكتفي بالإشارة إلى أنها اطلعت عليه دون إلزامها بإبداء رأي معين[2].

ثالثا: دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة

الواقع أن قانون الأسرة تضمن النصوص الموضوعية لتنظيم الأسرة، وأهمل القواعد الشكلية أو الإجرائية اللازمة لتطبيقه، ذلك أن قانون الأسرة باعتبارها قانوناً خاصا كان من الأفضل أن يتضمن قواعد إجرائية خاصة بتنظيم كيفية اللجوء إلى القضاء وكيفية التقاضي التي يجب مراعاتها، والتي تضمن للأطراف المتخاصمة حماية مصالحهم القانونية.

ولذلك كان لابد لنا بالرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية باعتباره الشريعة العامة للقواعد الإجرائية الواجبة الإتباع أمام القضاء .

---

[1] المادة ٢٦٠/٤ من قانون الاجراءات المدنية تنص "_الحالة المدنية...".

[2] عمر زودة ، المرجع السابق– طبيعة دور النيابة العامة – ص ٣٧، ٣٨.

ومن خلال المادة ٠٣ مكرر من قانون الأسرة يمكننا القول هل النيابة العامة تعمل كطرف أصلي أم منظم، ومن هنا نطرح إشكالات التالية: إذا أصبحت النيابة العامة طرفاً أصلياً فهي ضد من ؟ هل هي خصم للزوج أو الزوجة أم لهما معاً ؟[١].

إن النيابة العامة لا تدافع عن الخصوم، ولكنها تقف إلى جانب المصلحة العامة وتدخلها أمام القاضي المدني هو حق استثنائي كما هو والشأن بالنسبة للدعوى التي ترفعها للمطالبة بتوقيع الحجر على الشخص أو استصدار الحكم يقضي بفقدان الشخص الدعوى التي ترفعها وترمى من خلالها إلى استصدار حكم يتمتع الشخص أو بعدم تمتعه بالجنسية الجزائرية.

يتبين من هذه الدعاوى أن النيابة العامة لا تهدف إلى تحقيق الصالح العام في حين ما يسمح لها في إطار أحكام المادة٠٣ مكرر برفع الدعوى أمام القضاء المدني للمطالبة بالتطليق أو الطلاق فهي لا تهدف من وراء ذلك إلا إلى تحقيق مصلحة أحد الطرفين.

الرأى الأول:

يرى الأستاذ **عمر زودة** أن النيابة العامة تعمل كطرف منظم وليس كطرف أصلي ماعدا في الحالات التي يوجد بشأنها نص خاص مثلما هو الحال في القضايا المنصوص عليها بالمواد (١٠٢، ١١٤، ١٨٢) من قانون الأسرة[٢]، ولا يمكن أن تكون طرفاً أصلياً في أية قضية أخرى لأن ذلك يتناقض وطبيعة دورها في المجتمع. وما يؤكد على دور النيابة العامة في قضايا الأسرة أنها تعمل كطرف منظم. أن المشرع لم يلغ المواد السالفة الذكر ولو قصد المشرع جعل النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة لألغى باقي المواد

---

[١] وقد جرى العمل فيبعض الجهات القضائية على قبول الدعوى التى ترفعها الزوجة على النيابة ممثلة في وكيلا لجمهورية لإثبات عقد الزواج في حالة وفاة الزوج قبل تسجيل هذا العقد في الحالة المدنية والصحيح.

[٢] المادة ١٠٢ من قانون الأسرة الجزائري " يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة ".

– المادة ١١٤ من قانون الأسرة " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة".

– المادة ١٨٢ من قانون الأسرة " في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم، ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة، وأن يفصل في الطلب".

الأخرى التي تسمح لها بأن تعمل كطرف أصلي أمام قاضي الأسرة واكتفى بنص المادة ٠٣ مكرر.

الرأي الثاني :

وهو نقيض الرأي الأول، ويرى أن النيابة العامة، كان من حقها في ظل التشريع السابق أن تتدخل في جميع قضايا الأسرة لإبداء رأيها أمام المحاكم ولا يوجد ما يمنعها من ذلك وبالتالي لم يقصد المشرع أن تتدخل كطرف منظم، بل قصد من ذلك أن تتدخل كطرف أصلي كما تنص عليه صراحة المادة ٠٣ مكررمن قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢.

ومن هنا نرى بأن تدخل النيابة هو تدخل وجوبي بنص القانون، ولكن مركزها القانوني هو كطرف منظم وليس كخصم أصلي، ذلك أنه إذا كانت النيابة العامة من حقها أن تتدخل في جميع القضايا أمام المحاكم كطرف منظم، ولكن تدخلها جوازياً، وما استحدثه المشرع في تعديل الأخير أن تدخلها أمام المحاكم في قضايا الأسرة أمر وجوبي. أي أن المشرع يريد أن ينص على وجوب إطلاع النيابة العامة على مستوى المحاكم على جميع القضايا التي تخضع لقانون الأسرة ولا يقصدون أن تصبح خصماً في الدعوى، بل يجب عليها إبداء رأيها في قضايا الأسرة.

الفرع الثاني

حقوق النيابة العامة في رفع الدعوى والآثار المترتبة عن عدم تبليغها

وسنتطرق في هذا الفرع لحقوق النيابة العامة أثناء سير الخصومة، وإلى حقوق النيابة العامة في الطعن في الأحكام، والآثار المترتبة عن عدم تبليغها.

أولا: حقوق النيابة أثناء سير الخصومة.

أما فيما يخص اتصال النيابة بقضايا الأسرة فإذا كانت تعمل بطريق الإدعاء فهي من تحرك النشاط القضائي وترفع الدعوى فتقوم بتبليغ ملف القضية إلى الخصوم ويتم إعلانها بها خلال مدة ١٠ أيام. ويكون لها ما للخصوم من حقوق وواجبات فلها أن تبدى ما تشاء من الطلبات والدفوع، إذ يمكنها مثلاً أن تتمسك بالدفوع المتعلقة بالنظام العام، كالدفع بعدم الاختصاص النوعي لأن ذلك مما يلزم المحكمة أن تراعيه من تلقاء نفسها، وما عمل النيابة

في هذه الحالة إلا تنبيهاً لما هو واجب عليها[1].

وباعتبار النيابة طرفاً حقيقياً لا يجوز طلب ردها باعتبارها خصماً تبدي طلباتها ودفوعها في القضية بصفة موضوعية مما يحقق المصلحة العامة، أما باعتبارها طرفاً أصلياً فدورها لا يختلف عن الخصم العادي فهي تتصل بالدعوى وفقاً للإجراءات العادية.

وإن إجراء اتصال النيابة العامة بملف القضية هو إجراء جوهري[2]، فلها أن تحضر الجلسة وتقدم التماسات وطلباتها شفاهة أو تبديه في مذكرة مكتوبة، لكن المعمول به في مسائل الأسرة أنها لا تحضر الجلسة وإنما تقدم التماسات دون حضورها في الجلسة ملتمسة تطبيق القانون.

وإذا قامت بالإدعاء فلا يجوز طلب ردها وذلك نزولاً عند الأصل العام الذي يقتضي بأنه لا يجوز رد الخصم فالنيابة لا تنظم لأحد الخصوم ولا تدافع على أحدهما وإنما تعمل على تطبيق القانون تطبيقاً سليماً وإذا كانت النيابة تعمل عن طريق الدعوى حقا لها طلب رد القضاة.

حيث كان قبل التعديل أن اتصال النيابة العامة بالدعوى عن طريق الإدعاء هو استثنائي في حين اتصالها بالدعوى لإبداء الرأي هو الطريق الطبيعي لممارسة وظيفتها[3]. لكن بعد التعديل الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ أصبح طريق الإدعاء أو الدفاع هو الطريق الطبيعي لممارسة النيابة لوظيفتها في المسائل المتعلقة بالأسرة .

ثانيا: حقوق النيابة في الطعن في الأحكام

يحق للنيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً في الدعوى المتعلقة بقضايا الأسرة أن تطعن في أي حكم طبقاً للقواعد العامة! سواء تعلق الأمر بطرق الطعن العادية أو غيرها

---

[1] بو بشير محند أمقران، المرجع السابق – قانون الإجراءات المدنية – ص ١٢٣، ١٢٤.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٨٤/07/١١، ملف رقم ٣٢٣٧٧، الذي جاء فيه مايلي " متى أوجب القانون تبليغ القضايا التي تهم القصر إلى النيابة العامة، كان ذلك الإجراء يعد جوهريا لا يجوز استبعاده أو اعتباره مستوفيا بمجرد الإشارة إلى اتمامه...."، المجلة القضائية، ١٩٨٩، عدد ١، ص٥١.

[3] عمر زودة ، المرجع السابق– طبيعة دور النيابة العامة – ص ٢٨٦.

بنفس المواعيد[1]، غير أنه لا يحق لها الطعن بالمعارضة. لأن كل الأحكام تصدر حضورية في حق النيابة العامة ولو كانت غائبة فعلا وإلى جانب طرق الطعن المذكورة، فإن المشرع أعطى للنيابة العامة طريقاً آخر للطعن لم يعطيه لأي أحد من الخصوم، ويتمثل في الطعن لصالح القانون، وهو حق مخول فقط للنائب العام لدى المحكمة العليا، الطعن الذي يحق له لصالح القانون في كل الأحكام التي تصبح نهائية إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله فهنا يظهر دور النيابة في الدفاع على تطبيق القانون، ولكنه غير محدد بميعاد معين وهو طعن ذو طابع نظري لا يستفيد منه الخصوم، ولا يؤثر على حقوقهم المكتسبة، ولكن فائدته ذات طابع تصحيحي وإرشادي للأحكام بصورة مستقبلية لا غير. حتى لا يقع القضاة مستقبلاً في نفس الأخطاء، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٩٧ من قانون الإجراءات المدنية، ومن هنا تستنتج أن للنيابة الحق في الطعن باسم القانون ولصالحه بدون أي صفة شخصية.

ثالثا: الآثار المترتبة على عدم تبليغ النيابة العامة

قبل أن نتكلم عن الآثار المترتبة على عدم تبليغ النيابة، يجرنا الحديث إلى تفرقة بين إبداء النيابة العامة للرأي، وبين تمثيل النيابة العامة في الجلسة. ذلك في حالة إبداء الرأي فللنيابة العامة أن تبدي رأيها في مذكرة دون حضورها للجلسة وعدم حضورها في هذه الحالة لا يترتب عليه البطلان، لأن حضور النيابة العامة في الدعاوى المدنية لا يجرى على إطلاقه عندما تكون طرفاً منظما.

١- طبيعة وأثار إجراء تبليغ النيابة العامة بالدعوى المدنية

إن إجراء تبليغ النيابة العامة هو إجراء تنظيمي، وما دامت النيابة العامة قد تدخلت في الدعوى، وأبدت رأيها أو قدمت طلباتها والتماساتها أو مذكراتها فقد تحققت الغاية، وفي الحقيقة أن الإجراء الجوهري ليس هو التبليغ في حد ذاته، وإنما الإجراء الجوهري التي

---

[1] فالطريقان العاديان: يتمثلان في المعارضة والاستئناف، فالمعارضة هي طريق عادي في الأحكام الغيابية وهذا لا يحدث بالنسبة للنيابة لأن كل الأحكام تصدر حضورياً في حق النيابة. أما الاستئناف فيكون أمام المجلس القضائي من أجل النظر فيه. ويمنح للنيابة مهلة شهر يسرى من تاريخ تبليغ الحكم إذا كان حضورياً وتستطيع النيابة تقديم الطلبات التى تكون بمثابة دفاع عن الدعوى الأصلية مثل طلب التعويض المقدم في دعوى محلها الأصلي هو الطلاق. أما بالنسبة لطرق الطعن غير العادية الممنوحة للنيابة العامة تمثل في الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر إذ تستطيع النيابة الطعن في الحكم الذي يفصح بالطلاق بتظليم الزوجين بداعي عدم إثبات الطرفين إدعاءاتها.

يترتب على مخالفته بطلان الحكم هو تمكين النيابة العامة من إبداء الرأى، فإذا أبدت رأيها في القضية وتضمن الحكم أن النيابة قد أبدت رأيها فتكون الغاية قد تحققت، فإذا لم تبلغ النيابة العامة بالقضية، واستطاعت أن تتدارك هذا النقص بنفسها، بحضورها أمام المجلس القضائي أو أمام المحكمة مما يمكنها من الإطلاع على القضية، حيث سمح لها أن تبدى رأيها ففي هذه الحالة إذا لم تبلغ النيابة العامة فإنه لا يترتب عليه البطلان لأن إجراء تبليغ النيابة بالدعوى ما هو إلا إجراء تنظيمي وليس إجراء حتميا، أو جوهريا[1]، بحيث يترتب على مخالفة البطلان العمل القضائي، لأن الإجراء الذي يترتب على مخالفته بطلان العمل القضائي، هو ذلك الإجراء الذي يرتب عليه المشرع مباشرة بطلان على مخالفته في حد ذاته دون السماح بالبحث عن تحقق الغاية منه من عدمه.

وقد رأينا أن الغاية من تبليغ النيابة العامة لأجل التدخل في القضية ليس هو إجراء مقرر لغاية كامنة في حد ذاته، وإنما لغاية أخرى، وهو تمكين النيابة العامة لإبداء الرأى، فإذا تمكنت النيابة من التدخل في القضية وأبدت رأيها فإن الغاية من تدخلها تكون قد تحققت ومن ثم فإن عدم إرسال القضية إليها بواسطة كتابة الضبط لا يترتب عليه البطلان، وإنما الذي يترتب عليه البطلان هوعدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها في القضية وليس على عدم إرسال الملف القضية إليها.

وإن الفقه في هذه المسألة يميز بين إجراء إخطار النيابة العامة، وبين إبداء الرأى، وأن عدم تبليغ النيابة العامة يترتب عليه بطلان الحكم وهذا البطلان ليس جزاء على عدم تبليغ النيابة العامة، وإنما جزاء على عدم إبداء رأيها في القضية لأن النيابة إذا استطاعت إبداء رأيها في القضية ولو لم تبلغ فإن مخالفة هذا الإجراء لا يترتب عليه البطلان.

إلا أن الاجتهاد القضائي الجزائي يذهب إلى عكس هذا ويشترط تبليغ القضية إلى النيابة العامة ونقل الملف[2].

٢ـ طبيعة البطلان المترتب على عدم إبداء النيابة العامة لرأيها في قضايا الأسرة

إن عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها في القضايا الخاصة بناقصي الأهلية وعديميها، يترتب عنه جزاء البطلان، وهو بطلان نسبي مقرر لمصلحة هؤلاء، فالبطلان هنا لا يتعلق بالنظام العام.

---

[1] فتحي والي، الوسيط في القانون القضاء المدني، المطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة ١٩٩٣، ص ٧٣.

[2] أنظر قرار مجلس الأعلى رقم ٣٤٦٠٦ المؤرخ في ١٩٨٤/٠٤/٠٣.

وهناك رأى يرى المسألة تتعلق بالنظام العام سواء تعلق الأمر بالقضايا الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها، أو يتعلق بتنظيم صلاحيات الجهات القضائية، ذلك أن مصلحة القصر وعديمي الأهلية تتعلق بالنظام الاجتماعي الذي يهمه بالدرجة الأولى رعاية حقوق عديمي الأهلية وناقصيها والأشخاص المعتبرين غائبين، لأن هؤلاء الأشخاص في حاجة إلى الحماية لأنهم لا يستطيعون الدفاع عن حقوقهم والنظام الاجتماعي يهمه الدفاع عن هؤلاء، وعلى ذلك البطلان المترتب على عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها في القضايا الخاصة بالقصر هو بطلان يتعلق بالنظام الاجتماعي.

والرأى الأرجح هو الرأى الأخير الذى يذهب إلى عدم التفرقة بين البطلان الناشئ على عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها، سواء تعلق الأمر بالقضايا الخاصة، بالقصر وعديمي الأهلية، والقضايا الخاصة بالدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة المنصوص عليها في المادة ٢٦٠ من ق.إ.م، لأن تلك القواعد في جملتها تهدف إلى تحقيق الصالح العام، وهي كلها تتعلق بالنظام العام[1].

ونحن نؤيد هذا الرأى الأخير الذى يذهب إلى عدم التفرقة بين حالات البطلان في نص المادة ٢٦٠ من ق.إ.م فهي كلها تتعلق بالنظام العام، و تهدف إلى تحقيق الصالح العام.

يمكننا القول بأن المشرع الجزائري من خلال نص المادة ٣ مكرر المستحدثة من قانون الأسرة حاول إبراز دور تدخل النيابة العامة في دعاوى الأسرة بجعلها طرفاً أصلياً. وذلك بالنظر لما افرزته القواعد السابقة " قواعد المرافعات" من لبس في التطبيق، والقصد هو حل مشكلة كانت مطروحة في مجال قضايا الأحوال الشخصية لعدم نجاعة المادة ١٤١ من ق.إ.م القديم أي المادة ٢٦٠ من قانون الاجراءات المدنية الجديد لوحدها أين كانت ترفع الدعوى ضد النيابة في حالة الفقدان والحجز، رغم أنها ليست طرفاً أصليا فقوبلت الدعاوى بالرفض فكرست المادة ٠٣ مكرر كحل لهاته المشكلة.

أما في القانون المغربي فقد نصت المادة ٣ من مدونة الأسرة بقولها:" تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة"، وهو نفس الشيء بالنسبة للقانون الجزائري.

---

[1] المادة ٢٦٠ من قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩.

أما في قانون المصري فقد حرص المشرع على إصلاح حال الأسرة وتعزيز استقرارها على تيسير إجراءات التقاضي في مجال الأحوال الشخصية، فأصدر قانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بهدف تجميع القواعد الإجرائية بدلا من تناثرها في أكثر من قانون، وكذلك أصدر المشرع المصري القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء محاكم الأسرة تختص دون سواها من المحاكم بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية.

ومن هنا استحدث المشرع المصري بموجب قانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤، نيابة عامة متخصصة بدعاوى المتعلقة بشئون الأسرة، و لنيابة شئون الأسرة دور واسع في مجال الأحوال الشخصية، تتمثل في رفع الدعوى في بعض الحالات، ووجوب التدخل في دعاوى أخرى، اضافة إلى اختصاصات رقابية تتمثل في تلقي البلاغات في بعض الحالات واتخاذ إجراءات تحفظية بصددها.

فللنيابة لشئون الأسرة رفع أي دعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلق الأمر فيها بالنظام العام، وهذا مانصت عليه المادة ٠٦ في فقرتها الأولى من قانون ٠١ لسنة ٢٠٠٠[1]، وذلك مثل دعوى تفريق بين زوجين زواجهما فاسد أو دعوى ثبوت نسب صغير. وذلك باعتبارها ممثلة للمجتمع والأمينة على مصالحه، وكذلك تكون لها صفة في الدعوى، صفة الدفاع عن مصلحة عامة، وهنا فإن النيابة تكون خصما في الدعوى ويكون لها ما للخصوم من حقوق(المادة ٨٧ من قانون المرافعات المصري)[2]. كما لها الحق في أن تتدخل في الدعاوى والطعون التي تختص بنظرها محاكم الأسرة وإلا كان الحكم باطلا[3].

---

[1] تنص المادة ١/٠٦ بقولها " مع عدم الإخلال باختصاص النيابة العامة برفع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة المنصوص عليه في القانون رقم ٠٣ لسنة ١٩٩٦، للنيابة العامة رفع الدعوى ابتداء في مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب، كما يجوز لها أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزئية...".

[2] د. أحمد هندي، المرجع السابق – القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية – ص٠٦.

[3] تنص المادة ٢/٠٦ على أنه:" وعلى النيابة العامة أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف وإلا كان الحكم باطلا". وهنا قد يكون تدخل نيابة شئون الأسرة تدخلا أصليا أو هجوميا أي أنها تطالب حماية قضائية لمسألة متعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة، هذا فإنها تصبح طرفا أصليا في الخصومة كالأطراف الأصليين وتأخذ مركز المدعي ويكون لها سلطاته كاملة ولاتكون آخر من يتكلم، كما قد يكون تدخلها انضماميا، وذلك في الدعاوى=

وكذلك من مهامها اصدار قرارات قضائية في دعاوى الأحوال الشخصية، وذلك مثل اصدار قرار مسبب بتسليم الصغير مؤقتا إلى من تتحقق مصلحته معها، وكذلك لها الحق في اصدارالقرارات القضائية الخاصة بتقدير النفقة الوقتية لعديم الأهلية والغائب من أموال مستحق النفقة إلى حين صدور الحكم بتقديرها(المادة ٤/٢٦ من قانون ٠١ لسنة ٢٠٠٠).

ولنيابة شئون الأسرة في القانون المصري اختصاصات الرقابية، والتي تتمثل في قيد طلبات الولاية على المال ورفعها لمحكمة شئون الأسرة بقيد طلب الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو وقفها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه[1].

ومن هنا يمكن القول بأن القانون المصري وسع من اختصاصات النيابة العامة، اكثر مما هو عليه في القانونين الجزائري والمغربي.

وفي الأخير ندعو المشرع الجزائري إلى تدارك قانون الأسرة في تعديل مستقبلي وذلك بالتركيز على المسائل الشكلية والإجرائية في قانون الأسرة، وذلك بإبراز دور النيابة العامة كطرف أصلي في مسائل الأسرة بواسطة قواعد تنظيمية إجرائية أو تعليمات رسمية مكتوبة موحدة، وذلك من أجل إزالة الغموض وتنير الرؤية للقضاة والمحامين والمواطنين لتكريس عدالة حقيقية، ومن أجل الوصول إلى إقامة أساس قضائي ثابت ومستقر يكرس الفهم والتطبيق السليم للقانون.

ورغم تنظيم المشرع للأحكام الاجرائية في قضايا شئون الأسرة في قانون الاجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩ في المواد من ٤٢٣ إلى ٤٩٩، نقترح بالمناسبة إصدار قانون إجراءات تقاضي في مادة الأحوال الشخصية كما هو الشأن في القانون المصري ليكون بمثابة قانون مرافعات خاص لمنازعات خاصة.

==التي تتعلق بمصلحة خاصة، فيكون تدخلها هنا لإبداء الرأي، وهنا ليس لها الحق في أن تبدي طلبات أو دفوع إلا ما تعلق منها بالنظام العام وتكون آخر من يتكلم(المادة ٢/٩٥ مرافعات المصري).

[1] د. أحمد هندي، المرجع السابق – القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية – ص٩٠.

المطلب الثاني
إجراءات الصلح بين الزوجين

إن إجراءات الصلح في مسائل الأحوال الشخصية أو الخصومات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين، هي من الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه، لاسيما إذا تعلق الأمر بالطلاق وهي إجراءات كان قد عرفها التشريع الإسلامي منذ مئات السنين، وقبل ولادة نابوليون وقوانينه. حيث رغّب الشارع الحكيم في الصلح بين الزوجين، بل فضله وخصه عن غيره من الأحكام الأخرى لقوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما"[1]. فهذه دعوى إلى وجوب الإصلاح قصد التوفيق بين الزوجين وتقريب وجهات النظر بينهما بهدف تذليل الصعوبات، وهذا من أجل إعادة الحياة الزوجية إلى طبيعتها، ويقول تبارك وتعالى أيضا"وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير..." [2]، فإذا حدث شقاق بين الزوجين أوجب الشارع الحكيم وقبل حدوث الطلاق وانفصام عرى الزوجية وحدوث أبغض الحلال عند الله – اللجوء إلى إجراء الصلح وجعله كخطوة أولى لا مفر منها قبل أي حل آخر.

كما عالجها المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة، ونظرا لأهمية هذه الإجراءات ومساهمتها الفعالة في القضاء على الشقاق بين الزوجين، وإمكانية الصلح بينهما، فقد مسها التعديل الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢، ولهذا فإننا سنحاول أن نتحدث عن الصلح من حيث ما يتعلق منها بمسائل الزوجين، وما ينشأ بينهما من خصومات من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
مفهوم الصلح

قبل أن نتكلم عن إجراءات الصلح في قانون الأسرة الجزائري، لابد لنا أن نتعرض لتعريف الصلح ودليل مشروعيته وذلك من خلال النقاط الآتية:

أولا: التعريف بالصلح.

لغة: هو اسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة. واصله بمعنى الصلاح الذي هو بمعنى استقامة الحال[3]. أو هو إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصلاحا إذا صالحه وصافاه،

---

[1] سورة النساء، الآية ٣٥.

[2] سورة النساء، الآية ١٢٨.

[3] علي حيدر، المرجع السابق – درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الثاني عشر "الصلح والإبراء" – ص٠٢.

ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الإتفاق وصلح الشيء إذا زال عنه الفساد.

شرعا: هو عقد يرفع النزاع بالتراضي أي بتراضي الطرفين المتخاصمين ويزيل الخصومة ويقطعها بالتراضي، وركنه عبارة عن الإيجاب والقبول وينعقد ويصح بحصول الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر[1]. أو عقد ينهي الخصومة بين المتخاصمين ويسمى كل من المتخاصمين مصالحا ويسمى الحق المتنازع عليه بينهما مصالحا عنه ويسمى ما يؤديه أحدهما للآخر قطعا للنزاع مصالحا عليه أو بدل الصلح[2].

قانونا: عرفته المادة ٤٥٩ من القانون المدني بأنه" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."

أما الدكتور أحسن بوسقيعة فيرى أنه يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام، بأنها تسوية لنزاع بطريقة ودية[3].

دليل مشروعيته: ثبتت مشروعية الصلح في الكتاب الله وسنة نبيه وإجماع الصحابة.

فمن الكتاب **قوله تعالى**" وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفئ إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين "[4]، وقوله تعالى" لا خير في كثير من نجوهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس..."[5].

---

[1] علي حيدر، المرجع السابق – درر الحكام شرح مجلة الأحكام – ص٢٠.

[2] محمد علي محمد سكيكر، فقه الإجراءات أمام محاكم الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية عام ٢٠٠٧، ص٤٤.

[3] د. أحسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط ٢٠٠١، ص٤٥.

[4] سورة الحجرات، الآية ٠٨.

[5] سورة النساء، الآية ١١٤.

ومن السنة النبوية عن عمرو بن عوف أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما"[١].

ومن الإجماع فقد ثبت إجماع الصحابة والفقهاء المسلمون على مشروعية الصلح بين الخصوم.

الفرع الثاني
إجراءات الصلح في قانون الأسرة

عندما صدر قانون الإجراءات المدنية خلال عام ١٩٦٦ نصت المادة ١٧ منه على وجوب القيام بمحاولة الصلح في كل دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية قبل الفصل في الموضوع، ولاسيما إذا كانت الدعوى تهدف إلى الطلاق وانحلال عقد الزواج، وعلى وجوب أن يحرر القاضي محضرا بما تصالح عليه الزوجان تكون له قوة الحكم وقابليته للتنفيذ، أو يحرر محضرا بفشل محاولة الصلح، ودعوة الزوجين إلى جلسة علانية للمحاكمة.

وقبل ذلك كانت المادة ١٣ من المرسوم رقم ٥٩-١٠٨٢ الخاص باللائحة التنفيذية المكملة للأمر رقم ٥٩-٢٧٤ المتضمن تنظيم عقود الزواج والتي تنص على أن للقاضي بعد سماع مزاعم الزوجين أن يعقد جلسة صلح، فيسمع كل واحد منهما على انفراد، دون حضور وكيله أو محاميه ولا حتى كاتب الضبط، وفي حالة فشل محاولة الصلح يثبت ذلك في محضره، ويستدعي الزوجين رسميا لحضور جلسة ويفصل في الموضوع[٢].

ولما عدلت المادة ١٧ من قانون الإجراءات المدنية بالأمر المؤرخ في ١٩٧١/١٢/٢٩، للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت وبذلك أصبحت إجراءات الصلح شاملة لجميع الدعاوى المدنية، ومن ضمنها دعاوى الزواج والطلاق، ولكن تعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩ المؤرخ في ٢٠٠٨/٠٢/٢٥ نص على الصلح

---

[١] أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، بهذا اللفظ بزيادة الجملة الأولى وهي" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين المسلمين، رقم ١٣٥٣، الجزء الثالث، ص٢٧. وأخرجه الحاكم في المستدرك عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة، بلفظ (المسلمون على شروطهم على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما والصلح جائز بين المسلمين)، في كتاب البيوع، باب المسلمون والصلح جائز، الجزء الثاني، ص٤٩.

[٢] عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، منشورات ثالة الجزائر، ٢٠٠٠ م، ص ١٥٥.

في مواد من (٤٣٩ إلى ٤٤٩) من قانون الإجراءات المدنية، ونص على أن إجراءات الصلح في مادة الأحوال الشخصية وجوبي وإلزامي[1].

ومن هنا يمكن القول بأن إجراء الصلح في مادة الطلاق هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه، لمحاولة إقناع الزوج للتراجع عن طلبه في الطلاق، لكونه أن محاولة الصلح تعد عنصرا من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي، وإذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية، حكم بإبطال إجراءات الطلاق[2].

وهذا ما أكد عليه قانون الأسرة خلال عام ١٩٨٤ من خلال المادة ٤٩ على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر". يستفاد من نص المادة أن إرادة الزوج لا تكفي لوحدها لترتيب الأثر القانوني للطلاق إلا باستيفاء الشكل القانوني[3]، كما يعتبر نص المادة ٤٩ من قانون الأسرة نص إجرائي قانوني أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث إنه يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا سيكون حكمه معيبا ومخالفاً للقانون، ويتحتم نقضه وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرار لها " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قد أخطئوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه"[4].

واضح من نص المادة سالفة الذكر سياسة المشرع الجزائري التي تتجه نحو تقييد حق الزوج في الطلاق، وما يمكن ملاحظته أن المشرع أغفل أن ينص على ما إذا كان يجب على القاضي أن يحرر محضراً بما تصالح عليه الزوجان أو بفشل الصلح أم لا، وأغفل كذلك أن ينص على ما يمكن أو يجب على القاضي أن يفعل بعد فشل محاولة الصلح أو بعد نجاح مهمة

---

[1] المادة ٤٣٩ من قانون الإجراءات المدنية " محاولات الصلح وجوبيه، وتتم في جلسة سرية".

[2] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، EDITIONS ENCYCLOPEDIA، ص١٠٨.

[3] عمر زودة، المرجع السابق- طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية – ص١٠٧.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٨/٠٦/١٩٩١، ملف رقم ٧٥١٤١، المجلة القضائية ١٩٩٣، عدد١، ص٦٥.

الصلح[1]، وعليه فإننا نعتقد أمام هذا الإغفال أن إجراءات الصلح في دعاوى الزواج والطلاق واجبة وعلى القاضي المختص بنظر موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة رئيس كتاب الضبط، وذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها عليه، وأن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما تجاه الآخر ثم يحاول أن يصلح بينهما بإظهاره لمساوئ النزاع ومضار الفرقة وبيان محاسن الألفة والتفاهم والانسجام والتسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما ولصالح أطفالهما ولصالح استمرار علاقة القرابة والمصاهرة بين عائلتي الزوجين، وسواء نجح أو فشل في مسعاه فإنه ينبغي له أن يحرر محضرا بما تواصل إليه من نتائج يلحق بملف الدعوى، وأن يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علانية تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة، وعندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه وفقا للإجراءات العادية[2].

كما أن نص المادة ٤٩ من قانون الأسرة لم يأت واضحا في وجوب وإلزامية محاولة الصلح رغم أهميتها الكبيرة، بل جاءت عامة فلا يستفاد وجوبها إلا بطريق الدلالة ، وفيما يخص المدة التي حددتها المادة ثلاثة أشهر فإنها تطرح غموضا بشأن بداية حساب هذه المدة، فهل تبدأ من تاريخ نطق الزوج بالطلاق أم من تاريخ طرح النزاع على المحكمة[3].

ولهذا وبسبب النقص الذي شاب المادة وعدم وضوحها جعل المشرع يعدل هذه المادة الخاصة بالصلح من خلال التعديل الأخير رقم ٠٥-٠٢، وأصبحت المادة ٤٩ معدلة تنص على أن" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة(٠٣) أشهر من تاريخ رفع الدعوى يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق- الزواج والطلاق في قانون الأسرة - ص ٣٤٦، لقد انتقد على علي سليمان الصياغة الرديئة للمادة ٤٩، في مقال نشر بالمجلة الجزائرية، واقترح صياغة النص على النحو التالي" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر".

[2] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق - محاضرات في قانون الأحوال الشخصية - ص ١٥٦.

[3] د. بلحاج العربي، المرجع السابق - الوجيز في قانون الأسرة- ص ٣٥٨.

محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"[1].

بداية لا بد من الإشارة إلى المعارضة التي لا قتها هذه المادة من طرف كثير من الناس لسوء فهمهم لها، فقالوا كيف لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي؟ بينما الصحيح عندهم أن الطلاق يثبت بمجرد تلفظ الزوج به دون حاجة إلى حكم القاضي وبالتالي اعتبروا هذه المادة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، والحقيقة أنه لا يوجد أي إشكال إذ أن قاعدة " لا يثبت الطلاق إلا بحكم" كانت موجودة قبل تعديل المادة ٤٩ وتم الإبقاء عليها بعد التعديل، فهل غفل عنها منتقدوها فلم يروها إلا بعد عشرين سنة هذا من جهة، ومن جهة أخرى ليس لهذه المادة أي مخالفة للشريعة الإسلامية، لأن فقه القانون يفرق بين الأحكام القضائية الكاشفة للطلاق، والأحكام القضائية المنشئة له، ففي الأول دور القاضي كاشف لإرادة الزوج صاحب العصمة الذي ينطق بالطلاق ولا يملك القاضي إلا تثبيت هذه الإرادة بحكم قضائي، ويكون حكم القاضي كاشفا في قضايا طلاق الزوج وفي الخلع وفي اللعان وفي الطلاق بالتراضي، فجميع أنواع الطلاق الإرادي حكم القاضي فيها كاشف، أما الحكم القضائي المنشئ فيكون في حالة الطلاق الذي لم يتلفظ به الزوج كالتطليق أو التفريق القضائي التنازعي، والعدة في هذا النوع من الأحكام تبدأ من تاريخ صيرورة الحكم، ومسألة ثبوت الطلاق بحكم قضائي كانت موجودة حتى قبل صدور قانون الأسرة وهي نفس الأحكام المطبقة في كافة بلاد الإسلامية[2].

وجديد المادة ٤٩ معد له هو جعل جلسات الصلح مكررة وليست جلسة واحدة كما كانت قبل التعديل، وذلك حتى يحاول خلالها ثني أحد الطرفين أو بإقناعهما بالرجوع عن التفكير في الطلاق والعودة إلى حياة المودة والوئام ونبذ التشاجر والخصام على شرط أن لا يتجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى بالطلاق، لكن إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات محاولات الصلح دون اعتذار فإن ذلك يعتبر امتناعا متعمدا ورفضا ضمنيا لمحاولات الصلح، ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار ويعفيه من تجديد محاولات الصلح ويعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة فيحرر محضرا بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر ذلك لأنه عندما تفشل محاولاته ينتقل بالضرورة

---

[1] جاء في عرض أسباب المادة ٤٩ معدلة أنها جاءت قصد إعطاء الزوجين فرصة للتراجع عن موقفهما وتجاوز الخلافات القائمة بينهما، وأن الهدف المتوخى من وراء هذا التعديل هو تكرار محاولة الصلح للحفاظ على الأسرة.

[2] بن داود عبد القادر، المرجع السابق- الوجيز في شرح قانون الأسرة - ص ١١٤، ١١٥.

إلى الحكم بالطلاق إذا توفرت أسبابه[1]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها. "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة ٤٩ من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"[2].

كما أن هذه المادة المعدلة تلزم القاضي بتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج ايجابية أو سلبية، فإذا كانت ايجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها وإن كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت ويمكن أن يشير إلى أسباب فشلها وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين.

وعيب المادة بعد تعديلها أنها لم تنص على وجوب وإلزام إجراء محاولات الصلح، عكس نص المادة ٤٣٩ من قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩ التي نصت على وجوب وإلزام إجراءات الصلح في مادة الأحوال الشخصية.

أما في القانون المغربي فقد نص على إجراءات الصلح بين الزوجين في المادتين ٨١ و ٨٢ من مدونة الأسرة ، حيث تنص المادة ٨١ بقولها" – تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح

– إذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه.

–إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة، بأنها لم تحضر فسيتم البت في الملف.

إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج، طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة ٣٦١ من القانون الجنائي بطلب من الزوجة".

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق– قانون الأسرة في ثوبه الأسرة الجديد – ص ١٢٠.

[2] المحكمة العليا غرفة أحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٣، ملف رقم ١٧٤١٣٢ نشرة القضاة عدد ٥٥، ص ١٧٩.

ما يتضح لنا من خلال تحليل هذه المادة أن المشرع المغربي ألزم الزوجين على وجوب حضورهما لجلسة الصلح، خاصة الزوجة فقد ألزمها على حضورها لجلسة الصلح، فإذا لم تحضر فإنها ستتحمل مسئوليتها ويمكن أن تعرض نفسها لعقاب الجزائي.

كما نصت في المادة ٨٢ من المدونة على ضرورة حضور الزوجين إلى جلسة الصلح التي تجرى بغرفة المشورة، وذلك بحضور الشهود أو أي شخص آخر تراه المحكمة له فائدة في الاستماع له. كما نصت على أن جلسة الصلح تكون جلسة واحدة، واستثناء جلستين في حالة وجود أطفال بشرط أن تكون الفترة بين جلستين أكثر من شهر، وفي حالة الإصلاح بين الزوجين يحرر محضر بذلك ويتم الإشهاد عليه من طرف المحكمة[1].

أما في القانون المصري فقد نص في مادته ١٨ من قانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بقولها " تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح _مع علمه بها_ بغير عذر مقبول رافضا له. وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما".

ما نراه أن المشرع المصري وضع التيسيرات بعرض الصلح على الخصوم، وذلك في دعاوى الولاية على النفس – دون الولاية على المال– وهو أمر وجوبي، وليس جوازيا للمحكمة، وذلك مثل دعاوى المتعلقة بالحضانة أو الرؤية أو النفقات والمهر والجهاز، وكذلك دعاوى الطلاق والتطليق والخلع، ويجب على المحكمة أن تبذل الجهد في فض النزاع على وجه يرضي الطرفين، خاصة في دعاوى الطلاق والتطليق، وذلك إذا كان للزوجين ولد أو أكثر، فهنا يجب على المحكمة عرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما، بل يمكن للمحكمة عرض الصلح أكثر من مرتين، كما أن المشرع المصري لم يبين الاجراءات الواجب اتباعها في عرض الصلح، كما أعطى لمحكمة الأسرة

---

[1] المادة ٨٢ من مدونة الأسرة المغربية " عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه. للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه لإصلاح ذات البين، وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لاتقل عن ثلاثين يوما، إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة".

عرض الصلح في أي مرحلة كانت بها الدعوى، واعتبر المشرع المصري أن الخصم المتخلف عن جلسة الصلح رافضا له إذا كان تخلفه عن الحضور بدون عذر مقبول، وهذا يعتبر بمثابة رفض ضمني للصلح، وهنا يجب على المحكمة أن تثبت بمحضر الجلسة ما يفيد ذلك وتنتقل لنظر القضية تمهيدا لإصدار حكم فيها. أما إذا لم تعرض المحمكة الصلح على الخصوم في منازعات الولاية على النفس فإن الحكم الصادر فيها يكون باطلا، وذلك لسيره على إجراءات باطلة[1].

وبصدور قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ حيث ينص في مادته الخامسة على أن " تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية مكتب- أو أكثر -لتسوية المنازعات الأسرية، تتبع وزارة العدل، ويضم عددا كافيا من الأخصائيين القانونين والاجتماعين والنفسيين الذين يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل بعد التشاور مع الوزراء المعنيين.

ويرأس كل مكتب أحد ذوى الخبرة من القانونين وغيرهم من المختصين في شئون الأسرة المقيدين في جدول خاص يعد لذلك في وزارة العدل، ويصدر بقواعد وإجراءات وشروط القيد في هذا الجدول قرار من وزير العدل".

ومن هنا يتضح لنا أن القانون المصري هو أول قانون عربي ينشأ محاكم الأسرة وينص على إنشاء مكاتب التسوية وذلك من أجل فض النزاعات الأسرية، ويطرح ملف القضية أما م مكاتب التسوية قبل عرضها أمام محكمة الأسرة.

و أخيرًا يمكن القول بأن القانون الجزائري والمغربي والمصري اتفقوا على ضرورة إجراء الصلح بين الزوجين قبل الفصل في دعوى الطلاق، إلا أن هناك اختلافا بسيطا بين القانونين الجزائري والمغربي، حيث إنه في القانون الجزائري نص المشرع على إجراء عدة محاولات لصلح بين الزوجين، بخلاف نظيره المغربي الذي نص على إجراء محاولة الصلح مرة واحدة أو مرتين في حالة وجود أطفال.

---

[1] د. أحمد عوض هندي، المرجع السابق – القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية – ص١٦،١٥.

المطلب الثالث

طبيعة أحكام فك الرابطة الزوجية والتدابير الاستعجالية المتعلقة بها

سبق التوضيح أن الطلاق حل استثنائي لرفع الضرر اللاحق بأحد الزوجين، وأنه في الشريعة والقانون يكون بعصمة الزوج، ولكن الإشكال الذي يطرح كيف يتم الكشف عنه والاحتجاج به في مواجهة الغير؟ وهو الأمر الذي قد يطول الفصل فيه مما يجعل آثار الخصومة على الزوجين والأولاد وخيمة تستوجب تدخل المشرع لمعالجتها خصوصا منها حقوق الأولاد من النفقة والحضانة والزيارة قبل صدور حكم نهائي في الطلاق، وصيرورته نافذاً، وهو ما عالجه المشرع في التعديل الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ باستحداثه للمادة ٥٧ مكرر المتعلقة التدابير الاستعجالية المؤقتة بموجب أمر على ذيل عريضة لرفع الضرر[1].

وترتيبا على ذلك تقتضي منهجية البحث التعرف أولا على هذه التدابير بهدف الوقوف على مبررات هذا التعديل وحالات وشروط اللجوء إليها، ليتم بعدها التعرض لتحديد طبيعة أحكام فك الرابطة من حيث بيان طبيعتها وحجيتها ومدى توفيق المشرع في تنظيم ذلك.

الفرع الأول

التدابير الاستعجالية في دعاوى فك الرابطة الزوجية

لم ينص قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ على الإجراءات والتدابير الاستعجالية المتعلقة بمسائل النفقة وحضانة الأولاد والسكن، وهو الأمر الذي تسبب في ظهور مشاكل اجتماعية ساهمت في المطالبة بتعديل هذا القانون خاصة منها مسألة تشرد الأولاد وإهمالهم من غير نفقة ولا سكن قبل الفصل في دعوى الطلاق في ظل طول إجراءات التقاضي في مواد الطلاق التي قد تصل إلى سنة، مما يطرح إشكالية ما مصير حقوق الأولاد المادية والمعنوية قبل الفصل في دعوى الطلاق أو التطليق أو الخلع ؟

ومن هنا تدخل المشرع في التعديل الأخير لحل هذه الإشكالية رعاية لحقوق الأولاد من خلال تلك التدابير الاستعجالية التي تعطي لقاضي الأحوال الشخصية إمكانية الفصل على

---

[1] تنص المادة ٥٧مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ على أنه " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

وجه السرعة بموجب أمر على عريضة بموجب نص المادة ٥٧ مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ [١].

أولا: تعريف التدابير الاستعجالية.

هي تلك الإجراءات والتدابير المؤقتة[٢]، والمتعلقة بقضايا لا تحتمل البطء والتأخير في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أوالإهمال، وهي في مجال الزواج والطلاق كثيرة يهمنا منها ما تعلق بمصلحة الأولاد من نفقة وحضانة وسكن وزيارة واستقرار النفسي[٣]. فإذا وقع الخصام بين الزوجين وطال أمده واستعصى حله ولم تفلح معه محاولات الصلح كان الأولاد عرضة للضياع والإهمال وضحايا طول إجراءات التقاضي، وهنا تبرز أهمية التدابير الاستعجالية في التخفيف من آلام الأولاد على الأقل في الجوانب المادية، وهو ما ركزت عليه المادة ٥٧ مكرر بنصها " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن...".

ثانيا: مبررات استحداث التدابير الاستعجالية في دعاوى الطلاق

جدير بالإشارة أن بعض هذه التدابير كان موجودا في ظل قانون إجراءات المدنية القديم لسنة ١٩٦٦ بموجب المادة ١٧٢ في فقرتها الأولى المتعلقة بحق الزيارة والنفقة، وكذا

---

[١] وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم ٠٨-٠٩ المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الجديد قد تضمن نصوصا خاصة بحيث أحدث قسما استعجاليا خاصا بقاضايا شئون الأسرة، وذلك من خلال المادة ٤٢٥ على أنه" يمارس رئيس قسم شئون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال...". وتنص المادة ٤٤٤ من نفس القانون على أنه" يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة". حيث كان قبل تعديل قانون الاجراءات المدنية رئيس المحكمة هو الذي يقوم باصدار التدابير الاستعجالية.

[٢] وهو ما يستفاد من النص المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩ بقولها:" الأمر على عريضة أمر مؤقت، يصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك...".

[٣] وبالرجوع إلى القواعد العامة في مواد الاستعجال نجد أنها تشترط ثلاثة شروط في التدابير الاستعجالية وهي: ١- ألا تمس أصل الحق،٢- و أن تكون ذات طابع مؤقت وتحفظي، ٣ – أن لا تشرع إلا في حالة إستعجال أي المسائل التي تستدعي البت الفوري فيها، واستعجال بالنظر إلى ظرفه ومحله نوعان : استعجال عادي، واستعجال من ساعة إلى ساعة بموجب أمر على مسودة.

المادة ٤٠ منه المتعلقة بالنفقة[1]، وهي المادة ٤٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم ٠٨- ٠٩، غير أن جديد المادة ٥٧ مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ هو إضافة صلاحية الفصل المؤقت للقاضي في مسألة الحضانة والنفقة والزيارة والمسكن على سبيل التخصيص وكل مسألة أخرى يمكن أن تهم طرفي النزاع، مما يحتاج إلى السرعة وعدم التأخير كالفصل بالأشياء الخاصة بالزوجة من الألبسة والحلي وغيرها مما يعد ضروريا.

وبالرجوع إلى أسباب هذا التعديل التي عرضت قبل المصادقة على القانون المعدل نجدها مؤسسة على أن مسائل الأسرة لا تقبل التأخير بل تقتضي السرعة في الفصل لتعلقها بالضروريات، تشرد المحضونين في الشوارع تحت طائلة التسول، فضلا عن الآثار النفسية خاصة إذا رفض الولي إيواء الزوجة ومن معها، ومن هنا كان المشرع الجزائري موفقا بالنص على حق الزوج أو الزوجة أو غيرهما في أن يلجأ إلى المحكمة فورا لرفع دعوى مستعجلة يطلب فيها من قاضي الأحوال الشخصية بصفته قاضي الأمور المستعجلة الحكم بالتدبير المؤقت المطلوب، ريثما يفصل في موضوع النزاع.

ومن هنا فإن التدابير الاستعجالية لها طابع الفصل في أقرب الآجال لإجراء التحقيق أو التدبير المؤقت على أن لا يمس أصل الحق، كما أنه يتصف بكونه معجل النفاذ طبقا للمادة ٣٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الجديد رقم ٠٨-٠٩[2].

ثالثا: حالات وشروط اللجوء إلى التدابير الاستعجالية

من خلال تحليل المادة ٥٧ مكرر المعدلة بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢. والتي خولت لقاضي الأحوال الشخصية إمكانية الفصل على وجه السرعة، وبموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة، يلاحظ أنها ذكرت هذه الإجراءات على سبيل المثال لا على سبيل الحصر،

---

[1] المواد ١/١٧٢ والمادة ٤٠ من قانون الإجراءات المدنية. بن داود عبد القادر المرجع السابق – الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص ١٦٥.

[2] تنص المادة ٣٠٣ من قانون الاجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩ على أنه:" لايمس الأمر الإستعجالي أصل الحق، وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن. كما أنه غير قابل للمعارضة ولاللاعتراض على النفاذ المعجل. وفي حالة الإستعجال القصوى، يأمر القاضي بالتنفيذ بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله".

رغم ما يلاحظ على صياغتها من تخصيص التدابير التي تتعلق بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن وهو ما يرجع ربما إلى أهميتها وعدم قابليتها للتأخير[1].

ولكن رغم هذا التخصيص فإن المشرع في المادة ٥٧ مكرر صرح بإمكانية وجواز الفصل غلى وجه الاستعجال في جميع الإجراءات المؤقتة، وهو ما يستدعي تفصيل كل تدبير مستعجل على حدّ.

١ـ التدابير المتعلقة بالنفقة

غالبا ما تطول إجراءات دعوى الطلاق وتستمر فترة غير قصيرة وفي معظم الأحيان تغادر الزوجة بيت الزوجية أو تجبر على مغادرته، وتلجأ إلى أهلها بعد النزاع، وأثناء مرحلة إجراءات دعوى الطلاق تحتاج إلى مال لتنفقه على نفسها وعلى أولادها، ومن هنا كان لها الحق في أن تلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على ذيل عريضة يتضمن القضاء لها، أولها ولأولادها بمبلغ من المال كنفقة تشمل الغذاء والكسوة وغيرهما من مستلزمات الحياة ريثما يصدر حكم قضائي في موضوع دعوى الطلاق.

وللوصول إلى ذلك يتعين على الزوجة طالبة النفقة أن تقدم طلبا بذلك ضمن عريضة مبررة وموقعة منها أو من محاميها أمام المحكمة المختصة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة، وذلك تطبيقا لنص المادة ٤٢٦ من ق- إ- م بقولها " تكون المحكمة مختصة إقليميا:

- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعي عليه،

- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعي عليه،

- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما،

- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة،

---

[1] وهو ماورد في المادة ٥٧ مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ والتي ذكرت التدابير المتعلقة بالنفقة والحضانة والمسكن والزيارة والتي وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

- في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها...".

وعندما يتحقق قاضي الأمور المستعجلة من جدية قيام دعوى الطلاق ومبررات الطلب، يستطيع أن يصدر أمرا إستعجاليا تجاه الزوج بأن يقدم إلى الزوجة مبلغا ماليا كنفقة مؤقتة لها، أو لها ولأولادها، تستمر إلى غاية صدور الحكم في موضوع دعوى الطلاق، وإذا طالت مدة إجراءات دعوى الطلاق ومدة إجراءات الصلح بشأنها فإنه يجوز لنفس القاضي إعادة النظر في قيمة النفقة بناء على طلب من يهمه الأمر إما بتعديلها أو بإلغائها، كلما توفرت الأسباب القانونية لذلك[1].

٢ـ التدبير المتعلق بالحضانة

خص المشرع الجزائري موضوع الحضانة هو الآخر بتدابير استعجالية لما له من أهمية بالغة تستدعي الاهتمام ورعاية مركز المحضون الجدير بالحماية، ولما كانت الحضانة من آثار الطلاق في حالة وجود البنوة فإن ترتيبها وتحديد شروطها وإجراءاتها جعل من المشرع يتدخل أثناء تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ بإعادة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ترتيبا جديدا حيث منح حق الحضانة إلى الأم ثم إلى الأب ثم إلى الجدة لأب... الخ.

ومما يسترعي الانتباه أن المشرع الجزائري في المادة ٥٧ مكرر عالج مسألة في غاية الأهمية، تتمثل في وضع حق الحضانة ما بين إقامة دعوى الطلاق وصدور حكم بات فيها، وجعل إسنادها يكون ممكنا على سبيل التأقيت بناء على تدابير مستعجلة يؤول الاختصاص في منحها لقاضي الأمور المستعجلة، مما يفيد أن المشرع قد أحالنا إلى قانون الإجراءات المدنية فيما يتعلق بإجراءات سير الدعوى الاستعجالية والفصل فيها طبقا للمادة ٤٢٦ في فقرتها الرابعة من قانون رقم ٠٨-٠٩ [2].

والحكمة من إدراج موضوع الحضانة كمحل لتدابير الاستعجالية كونه يشكل ضرورة استعجالية تقتضي تدخل المشرع دون انتظار للفصل في الموضوع، رعاية لمصلحة المحضون الذي يصبح متأرجحا بين الزوجين، لا سيما إذا كان سن المحضون يستلزم رعاية أمه، كحالة الإرضاع مثلا، أكثر توضيحا إذا أقام أحد الزوجين دعوى الطلاق أمام محكمة

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق - قانون الأسرة في ثوبه الجديد - ص١٥٦، ١٥٧.

[2] تنص المادة ٤/٤٢٦ على أنه"...في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة".

شئون الأسرة من أجل فك الرابطة الزوجية التي نتج عنها ميلاد طفل، فإن حضانته تكون محل تنازع بينهما، وبالتالي فإن الفصل في هذا التنازع يكون بتقدم أحد الزوجين بالدعوى الاستعجالية أمام قاضي الأحوال الشخصية من أجل الفصل على وجه الاستعجال في إسناد حق الحضانة لمستحقيها في هذه الفترة الممتدة من رفع دعوى الطلاق وصدور الحكم البات، وبالتالي فإن قاضي الأمور المستعجلة يمكنه إصدار أمر استعجالي بإسناد مؤقت لحق الحضانة إلى الأم أو إلى الأب أو إلى غيرهما وفق ما تقتضيه المصلحة المحضون، وبعد انتهاء الخصومة القضائية المرفوعة أمام محكمة الموضوع لصدور حكم الطلاق، والبت في مسألة الحضانة نهائيا يسقط ذلك التدبير التحفظي الوقتي ويكون مستحق الحضانة هو الشخص الذي خوله الحكم ذلك ولو كان غير الشخص الذي أسند إليه حق الحضانة سابقا.

وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما تدخل في التعديل الأخير لقانون الأسرة لتنظيم مسألة الحضانة مؤقتا أثناء سير خصومة الطلاق، وجنّب المحضون معاناة التشاحن بين الزوجين من أجل الظفر به، دون مراعاة لمصلحته التي تقتضي الاستقرار النفسي لا سيما وأن المحضون يستشعر غياب أحد الطرفين مما يؤثر عليه سلبا ولجوء المشرع إلى القضاء الاستعجالي يفيد أن المستفيد من الأمر لا يأثر في تنفيذه حصول الاستئناف من الطرف الآخر كون أن استئناف الأوامر الاستعجالة لا يؤثر على تنفيذها ولا تجوز المعارضة فيها وأنها لا تمس أصل الحق إلا أن الإشكال يكمن في أنها تعتبر قرينة تؤثر في توجه المحكمة فيما بعد[1].

٣ـ التدبير المتعلق بحق الزيارة.

يعتبر موضوع الزيارة كأثر لطلاق من المسائل الشائكة التي عالجها المشرع الجزائري في تعديله الأخير بعد أن أغفلها في فترة معينة، اكتفى خلالها بتقريرها فقط في حكم الطلاق دون إقرارها قبله ولو مؤقتا، حيث كان القضاة يحكمون بصفة قطعية ضمن أحكامهم القاضية بالطلاق مباشرة بحق الزيارة، أي زيارة المحضون للزوج الآخر الذي لم تسند إليه الحضانة عملا بأحكام المادة ٦٤ من قانون الأسرة رقم ٨٤-١١.

---

[1] إلا أن الغالب من الفقهاء ينكر عنها هذه الصفة لسبب بسيط هو اختلاف الجهة المصدرة للأمر عن الجهة المصدرة للحكم هذا قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية، ولكن بتعديل هذا القانون مؤخرا والذي خول للقاضي الأحوال الشخصية سلطة اصدار الأوامر الإستعجالية فيما يخص قسم شئون الأسرة وذلك من خلال المادة ٤٢٥ من القانون رقم ٠٨-٠٩.

يثور الإشكال كثيرا حول مصطلح الزيارة الذي يستعمله المشرع الجزائري فهل يقصد به رؤية الحاضن للمحضون أم المحضون للحاضن؟ وهل يقتصر الأمر على مجرد الرؤية أم يمكن للحاضن أن يحتفظ بالمحضون لمدة معينة؟ والملاحظ أن حق الزيارة لم ينظم بأحكام مفصلة وترك على إطلاقه وقد رجح الكثير من الفقهاء الجانب المعنوي فيه، والملاحظ أن المشرع لم يجعل منه مجرد زيارة فقط، بل يمكن للزوج الآخر الذي لم يستفد من الحضانة الاحتفاظ بالمحضون بشرط الاتفاق على وقت التسليم تحت طائلة العقوبات الجنائية.

بعد تعديل الأحكام المتعلقة بحق الزيارة بإضافة المادة ٥٧ مكرر إلى قانون الأسرة، أصبح من حق أي من مستحقي الحضانة أن يتقدموا أمام قاضي الأحوال الشخصية في الفترة التي تلي رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم من أجل استصدار أمر على ذيل عريضة يتم وفقا لشروط والأوضاع المنصوص عليها في المادة ٣١١ من قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩[1]، ويعتبر من قبيل التدابير التحفظية الوقتية التي يمنح القضاء الاستعجال من خلالها حق الزيارة للزوج الآخر، والحكمة من هذا التعديل هو مراعاة الجانب النفسي والمعنوي للمحضون من جهة والحاضن من جهة أخرى، لا سيما أن الغالب الأعم في خصومات الطلاق أن يمنع أحد الزوجين عن الزوج الآخر زيارة المحضون انتقاما منه عن رفعه لدعوى الطلاق.

٤. التدبير المتعلق بالمسكن

إضافة إلى ما قلناه بخصوص آثار الطلاق المتعلقة بحق النفقة وحق الحضانة وحق الزيارة الذين تدخل بشأنهم المشرع ومكن أحد الزوجين خلال الخصومة القضائية لدعوى الطلاق من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لاستصدار أمر يقضي لدعوى الطلاق بهم، لم يستثن الحق المؤقت في السكن وهي مسألة في غاية الأهمية، لا سيما أن الغالب الأعم ما يتم إلقاء الزوجة خارج البيت طوال المدة النزاع، وبالتالي فإن المادة ٥٧ مكرر نصت بأن

---

[1] تنص المادة ٣١١ من قانون الاجراءات المدنية على أنه " تقدم العريضة من نسختين. ويجب أن تكون معللة، وتتضمن الاشارة إلى الوثائق المحتج بها، وإذا كانت العريضة مقدمة بشأن خصومة قائمة، فيجب ذكر المحكمة المعروضة أمامها الخصومة. يجب أن يكون الأمر على عريضة مسببا، ويكون قابلا للتنفيذ بناء على النسخة الأصلية. كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره، يسقط ولا يرتب أي أثر".

لقاضي الأمور المستعجلة أن يفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدبير المؤقت المتعلق بالمسكن.

ويفهم من هذا النص أن المشرع مكن الزوجة من التقدم أمام القضاء الاستعجالي في فترة الخصومة القضائية من أجل طلب البقاء في المسكن الزوجية أو تمكينها من نفقة الإيجار إلى غاية البت النهائي في الموضوع.

وإجرائيا يتم الحصول على التدبير المؤقت الخاص بالحق في السكن بتقديم عريضة مسببة وموقعة أمام قلم كتابة ضبط المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن ومقر الزوجية موازاة مع دعوى الطلاق مباشرة، ويكون دور قاضي الأمور المستعجلة الفصل في هذا الطلب بعد التحقق من مبرراته، والتأكد من قيام دعوى الطلاق دون أن يتحجج بعدم الاختصاص والملاحظ أن الأمر الذي سيصدره يكون مؤقتا يجوز تعديله أو إلغائه متى توفرت الأسباب القاضية بذلك[1].

ونشير إلى أن أغلب الأحكام التي أصدرها القضاء الجزائري بخصوص الحق في السكن يكون المنطوق الحكم فيها بالعبارة التالية :" تمكين المدعي عليها في دعوى الطلاق أو المدعية في دعوى التطليق من حق البقاء المؤقت في السكن أو مبلغ إيجار بقيمة معينة وبالتالي فإن استعمال "أو" غالبا ما يفيد التخيير، وعليه فإن المدعي يلجأ إلى حق الإيجار تفاديا من تمكين المدعى عليها من البقاء في مسكن الزوجي، وهناك من يرى بأن لفظ "أو" يفيد الترتيب، وبالتالي إذا لم يتمكن المدعي من توفير بيت الزوجية يجب عليه ضمان مبلغ الإيجار، أما في حالة ملكيته للسكن محل الزوجية يجب عليه ضمان مبلغ الإيجار أما في حالة ملكيته للسكن محل الزوجية فغالبا ما يتم تمكين المدعية منه ".

إن الحكمة من تدخل المشرع الجزائري عن طريق المادة ٥٧ مكرر من قانون المعدلة هي ضمان المأوى للمدعي عليها، التي غالبا ما تهجر مقر الزوجية أو تطرد منه فتجد نفسها مع أولادها في الشارع، وبالتالي تحتاج إلى مسكن تلجأ إليه ليأويها، ولا سبيل رآه المشرع إلى ذلك سوى اللجوء إلى القضاء الاستعجالي على نحو ما فصلناه، ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع.

---

[1] وتجدر الإشارة إلى أن الإشكالات التي تثور بخصوص المنع المؤقت للحق في السكن عن طريق التدابير الاستعجالية أغلبها تتمثل بتمسك الحامل الأمر "الزوجة المطلقة" بحقها في البقاء على اعتبار أنها تحوز قرينة قضائية بذلك.

أما في القانون المغربي فقد نص على التدابير المؤقتة في المادة ١٢١ من المدونة بقولها " في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة و الأطفال تلقائيا أو بناء على طلب، وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها، أو أقارب الزوج، وتنفذ تلك التدابير فورا على الأصل عن طريق النيابة العامة".

ومن هنا يتضح لنا أن كلا من القانونين الجزائري والمغربي نص على اتخاذ التدابير الإستعجالية قبل الفصل في دعوى طلاق وصدور الحكم في ذلك، كما اتفقا على تنفيذ هذه التدابير فورا ولامجال لتأخيرها.

أما في القانون المصري فإن مهمة إصدار التدابير المؤقتة من اختصاص النيابة لشئون الأسرة، وذلك مثل إصدار قرار مسبب بتسليم الصغير مؤقتا إلى من تتحقق مصلحته معها، وذلك فيما يخص حضانة الصغير مؤقتة، وينفذ هذا القرار فورا إلى غاية صدور الحكم من محكمة الأسرة في موضوع حضانة الصغير، وهذا ما نصت عليه المادة ٧٠ من قانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠[1]، وكذلك من بين القرارات التي تصدرها نيابة شؤون الأسرة هو الأمر بتقدير النفقة الوقتية لعديم وناقص الأهلية والغائب من أموال مستحق النفقة إلى حين صدور الحكم بتقديرها، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٢٦ من نفس القانون[2]، كما خول لها المشرع المصري إمكانية إصدار القرار بالنفقة المؤقتة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب[3].

وفي الأخير يمكن القول بأن القانون الجزائري والمغربي قد خول مهمة إصدار التدابير الإستعجالية لقاضي الأحوال الشخصية، بخلاف القانون المصري الذي أعطى هذه المهمة لنيابة شئون الأسرة.

---

[1] تنص المادة ٧٠ من قانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه: " يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها المنازعة بشأن حضانة الصغير في سن حضانة النساء، أو طلبت حضانته مؤقتا من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها. ويصدر قرار من رئيس النيابة على الأقل، ويكون واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور الحكم من الفمحكمة المختصة في موضوع حضانة الصغير".

[2] تنص المادة ١/٢٦ من القانون نفسه على أنه:" تتولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على أموالهم والإشراف على إدارتها وفقا لأحكام هذا القانون...".

[3] د. أحمد عوض هندي، المرجع السابق – القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية – ص٨٠.

الفرع الثاني
طبيعة وحجية الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق

سبق بيان أن من بين إشكالات قانون الأسرة الجزائري عدم تنظيمه للإجراءات والقواعد اللازمة لتطبيقه[1]، خلافا لما هو سائد في بعض القوانين العربية حيث يوجد قانون لإجراءات التقاضي خاص بالأحوال الشخصية[2].

وهذا ما ساهم في ظهور إشكالات إجرائية وموضوعية جوهرية بتطبيق أحكام قانون الأسرة لعل من أهمها طبيعة الأحكام الصادرة بالطلاق، هل هي أحكام منشئة أم أنها أحكام كاشفة عن إرادة الزوج؟ وهي الإشكالية التي اختلف الفقه حولها من خلال مناقشتهم لمسألة، ما طبيعة الحق في الطلاق، هل هو حق إرادي مقرر لأثره القانوني، يترتب عنه إنشاء مركز قانوني جديد، أم أنه حق يقابله التزام ويحتاج إلى قاض يفصل في النزاع؟[3].

وهو ما يدعو إلى البحث عن التكييف المناسب لطبيعة الحق في الطلاق وصولا إلى معرفة مدى حجيته وموقف الفقه والقضاء من مدى إمكانية الطعن فيه، من خلال النقاط الآتية:

أولا: تكييف الحق في الطلاق

لما كان الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج شرعا وقانونا، فإنه يتم التعبير عنها بمجرد إعلان إرادة صاحبها، والذي يترتب عنه مركز قانوني جديد لصاحب الحق في مواجهة الطرف الآخر الذي لا حيلة له في مناقشة أو رفض هذا الحق الإرادي، وهو ما عبر عنه قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ في المادة ٤٨ عندما اعتبر الطلاق يتم بإرادة الزوج، مما يعني تكييفه بأنه تصرف إرادي تترتب عليه آثاره الشرعية من عدة

---

[1] وهو النقض الذي حاول قانون إجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩ تداركه بتخصيصه لفصل من الباب الأول حول قسم شئون الأسرة، حيث بين صلاحية قسم شئون الأسرة وإجراءات الطلاق والصلح وغيره من الإجراءات المتعلقة بالأحوال الشخصية ينظر المواد من (٤٢٣ إلى ٤٩٩) من قانون الإجراءات المدنية.

[2] مثل ما هو الحال قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري، وهو الاختيار الذي يبدو أكثر انسجاما مع طبيعة منازعات الأحوال الشخصية، ولهذا يتجه بعض الفقه إلى اقتراح إنشاء قانون إجرائي خاص، ينظر عبد الفتاح تقيه، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، المنشورات ثالثة الجزائر ٢٠٠٧، ص ١٤٢.

[3] ينظر حول هذه الإشكالية عمر زودة ، المرجع السابق - طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية -ص ٢٢ . عبد الفتاح تقية، المرجع السابق - محاضرات في مادة الأحوال الشخصية - ص ١٨٧.

وغيرها، غير أن المشرع الجزائري سرعان ما تراجع عن تكييفه للحق في الطلاق عندما أوجب شرطا أساسيا للاعتراف بالطلاق كتصرف إرادي هو إفراغ الطلاق في شكل قانوني لا يثبت الطلاق بدونه طبقا للمادة ٤٩ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢. " لا يثبت الطلاق إلا بحكم...".

وترتيبا على ذلك فإن إرادة الزوج تصبح عاجزة لوحدها عن ترتيب الأثر القانوني ما لم تستوف الشكل القانوني المطلوب إفراغه فيه[1]، وهي النتيجة التي قد تختلف مع أحكام الشريعة التي تقتضي وقوع الطلاق من تاريخ التلفظ به في حالة الطلاق بإرادة الزوج، وبحكم القاضي في حالة التطليق، وهو ما ترتب عنه أيضا إشكالات في خساب العدة ففي القانون لا تسري العد ة إلا من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، أما في الشريعة الإسلامية فتسري العدة من تاريخ تلفظ الزوج به بشروط الطلاق السني[2]، وهو ما قد يترتب عنه ضرر للزوجة في حالة تأخر الفصل في دعوى الطلاق، بحيث تصير من الناحية التطبيقية معتدة لعدتين، العدة الشرعية من تاريخ صدور الطلاق اللفظي، والعدة القانونية من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

ويرجع سبب هذا الإشكال إلى تنوع طبيعة أحكام الطلاق من بين أحكام منشئة وأخرى كاشفة، وهو ما يستدعي التمييز بينهما بعد الفصل في طبيعة الحق في الطلاق هل هو عمل إرادي أم عمل قضائي وذلك على النحو التالي:

ثانيا: الطلاق بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية

لا شك أن الطلاق من حيث التنظيم له جانبان: جانب موضوعي يشمل القواعد القانونية التي تبين كيف ينشأ الحق وكيف ينقضي، وجانب إجرائي يبين كيف يستعمل الحق وكيف يكون ملزما للغير. وقد اهتمت الشريعة وقانون الأسرة بالقواعد الموضوعية للطلاق من حيث كيف ينقضي المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج دون الخوض في القواعد الإجرائية اللازمة لتطبيق القواعد الموضوعية[3]، وتتعلق القواعد الإجرائية للطلاق بطريقة

---

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق – محاضرات في مادة الأحوال الشخصية- ص ١٤١.

[2] يقسم فقهاء الشريعة الطلاق من حيث موافقته لنصوص الشريعة إلى طلاق السني، والطلاق البدعي، فالسني هو كل طلاق وقع في طهر لم يسمعا فيه بلفظ واحد غير طلاق الثلاث ، انظر أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص٣٠٩.

[3] عمر زودة، المرجع السابق – طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية – ص١٨٤.

وكيفية استعمال الزوج لحقه في الطلاق، من حيث هل يمارس هذا الزوج حقه بحرية مطلقة أم ينبغي أن تخضع لقيود معينة، سواء من حيث الشكل القانوني أم من حيث الحجية في إلزام الغير.

كما أن صور الطلاق التي تؤدي إلى انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج ليست واحدة بل متعددة، فقد تكون نتيجة لاستعمال الزوج حقه الإرادي وقد تكون نتيجة لاستعمال المرأة حقها في التطليق أو في الخلع، ومن الفقهاء من يعتبر بعض هذه الصور فسخا وليست طلاقا وهو ما يصعب عملية التكييف القانوني لحق الزوجين في فك الرابطة الزوجية .

ومن هنا فقد قررت الشريعة حقا للرجل في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته طبقا لمشيئته، ولكن لم تبين كيف يستعمل هذا الحق ومتى ينتج آثاره الشرعية ؟ فهل كل تلفظ بالطلاق في أي ظرف كان وبأي وسيلة الزوج؟

الواقع أن الفقهاء اعتبروا الأصل في الطلاق الحظر والمنع وبالتالي فليس الزوج حرّا في إيقاع الطلاق متى شاء وأراد بل هو مقيد بقيدين اثنين[1].

قيد زمني: يتمثل في وجوب أن يقع في حالة طهر ولم يمسها فيه فإذا وقع الطلاق وهي حائض أو في طهر مسها فيه كان الطلاق حراما واقع قضاء. **وقيد إجرائي:** هو اشتراط الإشهاد على الطلاق.

وبناء على هذا يرى الأستاذ "**عمرزودة**" أنه يمكن تمييز مذهبين في الفقه الإجرائي الإسلامي حول الطلاق، المذهب الحر والمذهب الشكلي، ومن ثم كان لازما علينا تحديد موقف المشرع الجزائري من المذهبين خصوصا في ظل تعقد الحياة المدنية للمواطنين، مما يستوجب معه توثيق التصرفات الإرادية، ومن هذا المنطلق فقد اشترط المشرع ضرورة إفراغ إرادة الزوج في قالب قانوني قضائي خاص. ولكن الأعمال الصادرة من القاضي ليست على نمط واحد، فمنها الأعمال القضائية ومنها الأحكام الولائية.

وعليه يثار تساؤل آخر حول طبيعة الحكم في الطلاق هل هو من الأحكام الولائية وللإجابة عن هذه التساؤلات لابد من تحديد المصطلحات الإجرائية المتعلقة بالطلاق.

---

(1) عمر زودة، المرجع السابق – طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية– ص ٢٥.

ما موقف المشرع من تكييف مدى حرية الزوج في الطلاق؟ وهل أخذ بالمذهب الحر عملا بمبدأ سلطان الإرادة، والذي بمقتضاه يقع الطلاق من الزوج دون أي قيد حتى الطلاق البدعي منه فإنه واقع قضاء مع الإثم ديانة، أم أخذا بالمذهب الشكلي الذي يشترط لصحة الطلاق أن يقع في زمن معين وأمام شهود.

وجدير بالإشارة إلى تمييز هذين الاتجاهين مع الشكلية التي تعتبر ركنا بالنسبة لبعض التصرفات الإرادية كبيع العقارات، فالشكلية لا تهدف إلى الانتقاص من الحق في الطلاق أو المساس به، بل تهدف إلى تنبيه أصحاب الشأن إلى خطورة التصرف الذي يقدمون عليه كنوع من الحماية لصاحب الحق من التسرع بإعطائه فرصة لمراجعة نفسه على ما هو قادم عليه.

وأمام هذه الاتجاهات نصت المادة ٤٩ على أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم وهي المادة التي كانت محل نقاش فقهي هل يعتبر صدور حكم الطلاق شرطا لإثبات الطلاق أم شرطا للانعقاد؟

يرى غالبية الفقه أن صدور الحكم بالطلاق ما هو إلا إثبات لواقعة الطلاق الذي هو من التصرفات الإرادية الانفرادية التي يملكها الزوج، وعندها فليس لقضاة الموضوع عند التصريح به إلا الشهادة به والحكم به دون البحث في مسألة تأسيس الوقائع المدعى بها. ولكن ليست دائما كل أحكام الطلاق مثبتة، وإنما في أحيان كثيرة يكون هناك نزاع مستحكم يضطر معه القاضي إلى الحكم بالطلاق، كما في حالة طلب الزوجة للتطليق وحالة فشل الصلح وحالة الطلاق على مال، فكلها أحكام قضائية مبنية على سلطة التقديرية للقاضي مما يجعلها أحكاما منشئة وليست كاشفة، وهو ما دعى بعض الفقه إلى المطالبة بأن تكون أحكام التطليق والخلع قابلة للاستئناف خلافا للحكم بالطلاق الكاشف، لأن هذا الأخير ليس إلا شكلا قرره القانون حتى تنتج الإرادة أثرها[1]، وتبعا لذلك فإن أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة لا تقع بمجرد إعلان الزوج عن إرادته، وإنما لا بد من صدور حكم قضائي بغض النظر عن طبيعته الكاشفة أو المنشئة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد انحاز إلى **المذهب الشكلي** الذي يشترط لصحة الطلاق حضور شاهدي عدل هما القاضي وكاتب الضبط بطريقة غير مباشرة[2].

---

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق- محاضرات في مادة الأحوال الشخصية – ص ١٨٨.

[2] عمر زودة، المرجع السابق- طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية – ص٣٤.

وجدير بالإشارة أن التمييز بين الأحكام الكاشفة والمنشئة هو وليد التمييز بين الأحكام القضائية والأحكام الولائية، فالقائلون بأن الطلاق حكم كاشف يعتبرونه من أعمال الولائية التي يصدرها القاضي دون أن يكون هناك نزاع بين الطرفين، حيث أن القاضي لا يواجه نزاعا بين الزوجين وإنما يكون تدخله لوضع إرادة الزوج المطلق في شكل قانوني يكون قادراً على إنتاج الأثر القانوني. وهذا ما يصدق على الطلاق اللفظي، الذي يكون بين الزوجين في البيت نتيجة شجار أو غضب أو بإرادة مقصودة، فالأصل أن الإرادة طليقة حرة عملا بمبدأ السلطان الإرادة، ولكن قد ترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات القانونية كاشتراط المشرع عنصر الشكلية في إنتاج إرادة الطلاق لآثرها وهو ما عبر عنه الأستاذ "**عمر زودة** بالمعادلة التالية: **التعبير عن الإرادة + الشكل القانوني = الأثر القانوني**، أي لابد من اجتماع الأمرين لترتيب الأثر القانوني المعتد به قانونا في مواجهة الغير، الأول وجود الإرادة والثاني استيفاء الشكل الذي يشترطه القانون وهو ما يجعل الحكم بالطلاق الكاشف مجرد حكم ولائي[1]، لم يسبقه نزاع هدفه مجرد ترجمة إرادة الزوج في حكم ملزم للغير.

أما الغالبية فيعتبرون الحكم بالطلاق مثله مثل سائر الأحكام عمل قضائي صادر بعد إجراء القاضي لمحاولات الصلح وفشله في ذلك، سوى أنه يتميز عنها بطبيعته الخاصة، فهو حكم كاشف من جهة كونه يكشف عن إرادة الزوج قبل أن يلجأ إلى القضاء، وهو من جهة ثانية حكم منشئ كونه يرتب ويؤسس لمركز قانوني جديد يتمثل في مركز المطلق والمطلقة، ولهذا اعتبره بعض الفقهاء حكم كاشف ومنشئ في نفس الوقت.

ثالثا: طرق الطعن في أحكام الطلاق

من المعروف أن طرق الطعن في الأحكام القضائية تمثل أحد أهم الوسائل التي أقرها المشرع لحماية حقوق المتقاضين تمكينا لهم من تظلم عن طريق الطعن، إما أمام نفس الجهة المصدرة للحكم كما في حالة المعارضة والالتماس بإعادة النظر، أو أمام جهة قضائية إستئنافية تعلو الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ومن هنا فإن الأصل هو جوازية الطعن في مختلف أحكام القضاء، وهو المستفاد من نصوص قانون الإجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩ في الباب التاسع من المواد (٣١٣- ٣٩٧) والتي حددت طرق الطعن العادية في

---

[1] د.عبد الفتاح تقية، المرجع السابق – محاضرات في مادة الأحوال الشخصية- ص١٩٨.

المعارضة والاستئناف وطرق الغير العادية في الطعن بالنقض الالتماس إعادة النظر واعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أنها تناولت بعض الأحكام الإجرائية لأهميتها كنص في المادة ٥٧ التي أوضحت أن الأحكام الصادرة بالطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وهو ما يعتبر استثناء من القواعد العامة الأمر الذي قد يشكل مساسا بحقوق المتقاضين، مما يستوجب معه مناقشة وتحليلا، لماذا لا تقبل هذه الأحكام الطعن بالاستئناف؟ وهل سكوت المشرع عن المعارضة والطعن بالنقض يفهم منه عدم جواز الطعن بهما، أم أنه يجوز عملا بالقواعد الإجرائية العامة متى توفرت شروطها؟

ومحاولة منا للإجابة على هذا التساؤل سنبحث عن أهم طرق الطعن الأكثر لجوءا إليها في منازعات الطلاق.

١ـ عدم قابلية الطلاق ـ بالإرادة المنفردة ـ للطعن بالاستئناف

لما كان الطلاق مصدره الحق الإرادي على النحو الذي سبق بيانه فإنه يعتبر مجرد حكم كاشف ليس للقاضي فيه تدخل سوى محاولة الصلح التي عادة ما تفشل متى أصر الزوج على حقه في الطلاق وعندها ماعلى القاضي إلا التصريح بما يريده الزوج في وثيقة رسمية يحتج بها أمام الغير مع إمكانية التدخل في وثيقة لحماية الطرف المتضرر متى ثبت تعسف الزوج المطلق، ومن ثم كان من المنطق عدم إطالة الإجراءات أمام تمسك الزوج بحقه في فك العصمة لأن الطعن بالاستئناف في هذه الحالة لا يغير من الأمر شيئاً[1]، بل يعد مضيعة للوقت وضررا نفسيا على الزوجين والأبناء، ولهذا تصدر أحكام الطلاق بصيغة ابتدائية ونهائية وهو ما ينسجم مع مقاصد تشريع الطلاق في الإسلام بعد استنفاذ طرق الإصلاح رفعا للضرر[2]، فضلا عن أن البعض يعتبره عملا ولائيا والتي في الغالب لا تقبل الاستئناف[3]. وهو ماقضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ ١٩٩١/٠٣/٢٠ على أنه " من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ماعدا في جوانبها المادية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

---

[1] قرار المحكمة العليا، بتاريخ ١٩٩٣/٠٤/٢٧ " من العبث أن يستأنف الطلاق أمام المجلس مادام الزوج طلبه وهو مصر عليه"، المجلة القضائية، عدد١ ، ١٩٩٤.

[2] د. عبد الفتاح تقية، المرجع السابق- محاضرات في مادة الأحوال الشخصية - ص ١٧٢.

[3] عمر زودة ، المرجع السابق- طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية - ص ١٣١.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال– أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشة إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

2. مدى امكانية الاستئناف في حكم التطليق

برغم أن المشرع في التعديل الأخير قد خرج عن صمته وأعلن أنه لا فرق بين الطلاق والتطليق في عدم القابلية للطعن بالاستئناف واضعا بذلك حدا للتناقض في الاجتهادات القضائية، إلا أن التحليل القانوني لمسألة التطليق يستوجب مناقشة، لماذا لا يقبل التطليق الاستئناف؟ مع أن هناك خلافا في طبيعة كل منهما. فدور القاضي في التطليق يختلف عن دوره في الطلاق، حيث يقتصر دوره في حالة الطلاق على إثبات إرادة الزوج في حين يكون دوره في حالة التطليق أكثر تدخلا في تفحص موضوع النزاع والتأكد من توافر سبب التطليق المذكور في إحدى فقرات المادة ٥٣ من قانون الأسرة، مما يحتمل معه إمكانية الخطأ أثناء تقدير القاضي لأسباب التطليق، فقد يقع في الغلط أو يدلس عليه أو تستعمل الزوجة الغش أو يخطئ القاضي في التقدير[2].

وأمام هذا الفرق الظاهر بينهما اتجه جانب من الفقه والقضاء إلى قبول الطعن بالاستئناف في أحكام التطليق، ومثاله قرار **المحكمة العليا**" القضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصه ذلك أن المادة ٥٧ لا تجيز الاستئناف في الأحكام بالطلاق، والحكم المستأنف لم يقض بالطلاق وإنما بتطليق...."[3].

في حين يرى جانب آخر من الفقه والقضاء عدم إمكانية قبول أحكام التطليق للاستئناف، وهو ما يستشف من بعض قرارات المحكمة العليا التي اعتبرت أن الأحكام بالتطليق غير قابلة للاستئناف، وإنما تقبل الطعن بالنقض مباشرة، ومعلوم أن الطعن بالنقض لا يجوز إلا في الأحكام الصادرة ابتدائيا ونهائيا، وأمام هذا الوضع كان على المشرع التدخل

---

[1] المحكمة العليا، غرفة أحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩١/٠٣/٢٠، ملف رقم ٧٢٨٥٨، المجلة القضائية، عدد٠١، ١٩٩٣، ص٥٧.

[2] بن داود عبد القادر، المرجع السابق – الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص١٦٤.

[3] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩٢/٠٢/١٤، ملف رقم ٨١٨٥٠، اجتهاد قضائي غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص٢٣١.

لإعادة النظر في النص المادة ٥٧ على نحو يجعلها إما قاصرة على الطلاق فقط أو شمولها لكل حالات فك الرابطة الزوجية، وهو الخيار الذي أخذ به المشرع بنصه على أن تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف.

وهو التعديل الذي يحرم الزوج من حق التظلم في حالة خطأ القاضي في تقدير سبب التطليق، وكان على المشرع أن يأخذ بالرأي الغالب في الفقه الذي يقضي بقبول الاستئناف في أحكام التطليق كون القاضي سيكون منشئا للحكم بالتطليق بعد تحقيق جدي وتأكد من مطابقة الواقع والنزاع على النص وموازنة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج الأمر الذي يستلزم حماية حق الزوج في حالة استعمال وسائل الغش والتدليس من طرف الزوجة والذي لا يمكن كشفه إلا بإخضاع سلطة القاضي لرقابة من خلال الأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين الدرجة الثانية منه تضم هيئة قضاء جماعي[1].

٣- مدى قابلية الحكم بالخلع للطعن بالاستئناف

لما كان الطلاق بيد الزوج فهو حق إرادي يملكه الزوج، ومن هنا فإن حكم القاضي يعتبر كاشفا للحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة، وهو نفس الشيء بالنسبة للخلع الذي هو اتفاق بين الزوجة والزوج على مخالعته مقابل مال تدفعه له، وهنا يكون حكم القاضي كاشفا لإرادة الزوجة وليس على مخالعة زوجها مقابل مال تدفعه له، وعندها ما على القاضي إلا بكشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية تحتج بها أمام الغير، وهذا ما أخذ به المشرع في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ في مادته ٥٧ المعدلة على أن الأحكام القاضية بالخلع تقع نهائيا لأن الخلع في الشريعة الإسلامية يقع بائنا، وبالتالي فإن الخلع لا يقبل الاستئناف إلا في جوانبه المادية[2].

وخلاصة القول فإن الأحكام الصادرة بالخلع ليست إلا قرارات ولائية، هي شكل لممارسة الحق الإرادي الذي تتمتع به الزوجة، حيث يخول لها هذا الحق إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج لقاء بدل تدفعه للزوج لا يقل عن مهر المثل وقت الحكم، وعمل القاضي هنا يدخل ضمن الوظيفة الولائية وبالتالي لا يخضع هذا العمل للطعن

---

[1] عبد الفتاح تقية، المرجع ا لسابق – محاضرات في مادة الأحوال الشخصية– ص١٨٥.

[2] بن داود عبد القادر ، المرجع السابق – الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص١٦٥.

بالاستئناف المقرر ضد الأحكام القضائية لأن ما صدر عن القاضي ليس إلا قراراً ولائياً يخضع للتظلم فيه[1].

أما فيما يخص القانون المصري وتيسيرا على المتقاضين، فإنه قد ألغى طريق الطعن بالمعارضة في أحكام محكمة الأسرة، سواء صدرت هذه الأحكام في مسائل الولاية على المال أو على النفس، حيث إن قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ حدد طرق الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة الأسرة في الاستئناف والنقض والتماس اعادة النظر(المادة ٥٦ من القانون نفسه)[2]، مما يعني الغاء الطعن بالمعارضة، وذلك نظرا لما كشف عنه الواقع من مساوىء هذا الطعن وما كان يترتب عليه من اطالة أمد التقاضي.

كما حظر الاستئناف في المادة ٢٠/٥ من قانون ٠١ لسنة ٢٠٠٠ " – ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن. ويكون الحكم – في جميع الأحوال – غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن". وذلك نظرا إلى أن نظام الخلع يقوم على مقتضيات شرعية[3]، أما الالتماس بإعادة النظر فإنه يجوز في مسائل الولاية على النفس من بينها دعاوى الطلاق والتطليق والخلع، سواء صدر الحكم من دوائر الابتدائية أو الاستئنافية من محاكم الأسرة، وذلك إذا قام أي سبب من أسباب الالتماس بإعادة النظر التي أوردتها المادة ٢٤١ من قانون مرافعات المصري.

أما فيما يخص الطعن بالنقض فإن المادة ١٤ من قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ أنه مع عدم الاخلال بأحكام المادة ٢٥٠ مرافعات، تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض، سواء في مسائل الولاية على النفس أو مسائل الولاية على المال، وذلك لأنه لاداعي لوجود مبرر للطعن بالنقض خاصة أن تشكيل محاكم الأسرة الابتدائية والإستئنافية (تتكون من ثلاثة قضاة) تكفي بذاتها لصدورأحكام صحيحة ومتفقة مع القانون. إلا أن المشرع المصري أجاز الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الصادة عن محاكم الأسرة، في حالة واحدة هي الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون، وهو الطعن الذي نظمته المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات المصري.

---

[1] عمر زودة ، المرجع السابق – طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية – ص١٦٤.

[2] تنص المادة ٥٦ من قانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠:" طرق الطعن في الأحكام والقرارت المبينة في هذا القانون هي الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر...".

المبحث الثالث

التعديلات المتعلقة بآثار انحلال الرابطة الزوجية

إن حرص قانون الأسرة في تعديله الجديد على تنظيم الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية وكذلك أحكامها الإجرائية، يستتبعه بالضرورة تنظيم الآثار الناجمة عن انحلال هذه الرابطة.

فقد جاء هذا التعديل بأحكام جديدة من حيث التنظيم القانوني لما ينتجه انحلال الرابطة الزوجية من آثار خاصة فيما يتعلق بالحضانة إضافة إلى الحق في النفقة والسكن، وبناء على ذلك فإننا سنتناول دراسة هذه التعديلات من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول

أحكام الحضانة

يعتبر الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة والقوانين الوضعية للطفل، فالطفل في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بأمره، وبكل ما يحفظ حياته ويحقق مصالحه. وتعتبر الأم أولى بالحضانة يليها بعد ذلك قرابتها من النساء وصولا إلى الأب.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة ٦٤ قبل تعديلها والتي كانت تنص على أن " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

غير أن المشرع غيّر ترتيب الحواضن بالقانون المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢، فأصبحت المادة ٦٤ تنص على" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

فهل المشرع الجزائري بإحداث هذا التغيير في ترتيب الحواضن قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية مصلحة المحضون؟ وما الهدف الذي توخاه من إحداث هذا التغيير بإعطاء الأولوية للأب في حضانة الصغير على الجدة للأم والخالة، علما بأن الأب في هذه المرحلة من حياة الطفل لا يستطيع أن يقوم بنفسه بمهام الحضانة.

ومن الأحكام الجديدة التي نص عليها التعديل هي مسألة عمل المطلقة الحاضنة، وهل عمل المطلقة يؤثر على حقها في الحضانة؟ وهو ما سنحاول تفصيله من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول
مفهوم الحضانة

أولا: تعريف الحضانة

لغة: من الحضن وهو الجنب أو الصدر، وتأتي بمعنى الضم، حضن الطائر بيضه أي ضمه إليه وحضنت الأم ولدها أي ضمته إليها وقامت بتربيته[1].

وتعرف أيضا: مأخوذة من الحضن، وهو الجنب، والجمع أحضان، والمصدر حضن، ومنه حضن الطائر بيضه، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وحضنت المرأة حاضنة، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه[2].

شرعا: لقد وردت عدة تعاريف فقهية للحضانة منها ماجاء في حاشية **ابن عابدين** من أن" الحضانة هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة"[3].

أو هي " تربية الطفل وكل من لا يستقل بفعل ما يصلحه ورعايته والقيَامُ بجميع شئونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه والاهتمام بنظافته ممن له حق تربيته شرعا[4].

كما عرفها الأستاذ **زكي الدين شعبان** بأنها " القيام بتربيته الصغير ورعاية شئونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه إلى سن معين ممن له الحق في تربيته وحفظه شرعا"[5].

---

[1] مختار الصحاح، المرجع السابق، الجزء الأول، ص٦٠.

[2] ابن منظور، لسان العرب، مادة حضن، دار صادر بيروت، الجزء الثالث عشر ص١٢٢، ١٢٣.

[3] حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٥٦٠.

[4] ابن نجيم، المرجع السابق – البحر الرائق، الجزء الرابع – ص١٧٩.

[5] زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ط١ ، ١٩٥٩-١٩٦٠، ص٦١٣.

قانونا: من القوانين التي عرفت الحضانة نذكر على سبيل المثال قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، والقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الليبي، ومدونة الأسرة المغربية.

عرّف **قانون الأسرة الجزائري** حضانة في المادة ٦٢ بقولها" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

وعرفتها **مجلة الأحوال الشخصية التونسية** في المادة ٥٤ بقولها ". الحضانة هي حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

وعرف **القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الليبي** الحضانة في المادة ٦٢ بأنها" حفظ الولد، وتربيته ورعاية شئونه وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي".

أما **مدونة الأسرة المغربية** فعرفتها في المادة ١/١٦٣ بأنها " حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه".

ثانيا: دليل مشروعيتها:

إن النصوص الشرعية أعطت الأولوية لحضانة الصغير إلى الأم من السنة والإجماع

- **من السنة:** فقد قضى رسول صلى الله عليه وسلم في حضانة خمسة قضايا: جاءته امرأة فقالت: يا رسول إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي"[1].

- **من الإجماع:** يروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي

---

[1] ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدمه وعلق عليه، طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية، الجزء الرابع، ص٣٦١،٣٦٠.

بكر الصديق فأعطاها إياه، وقال لعمر الفاروق:" ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك "[1].

فهذا الحكم الصادر عن الخليفة الأول لرسول الله صلى الله عليه وسلم حضره عدد من الصحابة ولم ينكره عليه أحد منهم فكان ذلك إجماعا على أن الأم أولى برعاية ولدها من غيره ولو كان الأب.

أما من ناحية **المنطق والمعقول** فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمداد للمحضون بالحب والعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره[2].

الفرع الثاني
ترتيب الحواضن في قانون الأسرة الجزائري

سنبين في هذا الفرع ترتيب الحواضن في قانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال النقاط الآتية:

أولا: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة رقم ٨٤-١١

لقد أعطى قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة ٦٤ بقولها " الأم أولى بحضانة ولدها...." إدراكا من المشرع بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه، ومن ثم إذا انصرفت لها فلا تؤخذ منها إلا بموجب مسقط شرعي، أو ثبوت عدم قدرتها على تربيته والاعتناء به، فالأم أشفق الناس على طفلها، وأرفقهم به، وأكثرهم صبرا على تحمل مشاق العناية به. وإذا كانت الأم هي أحق الناس بحضانة طفلها أو صغيرها ثابت ومحل إجماع، فإن المختلف فيه بين الفقهاء وبين نص المادة ٦٤ من القانون رقم ٨٤-١١، ونص المادة ٦٤ من القانون المعدل بالأمر رقم ٠٥-٠٢ هو فيمن يلي الأم في الحضانة هل هو الأب كما ذكر المشرع الجزائري بعد تعديل المادة ٦٤؟ أم هو قرابة الأم من النساء؟.

---

[1] الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق – الأحوال الشخصية – ص٤٠٥.

[2] خيرة العرابي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، ٢٠٠٢، ص ٢٠٢.

بالرجوع إلى نص المادة ٦٤ من القانون ٨٤-١١ نجد ترتيب الحواضن مايلي" الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

باستقراء هذا النص نجد أن المشرع الجزائري رتب أصحاب الحق في الحضانة ترتيبا لا يمكن للقاضي أن يتجاوزه إلا للضرورة، وهو ما كرسه قضاء المحكمة العليا في عدة مناسبات من ذلك القرار الصادر في١٩٨٣/٠٤/٠٢ والذي جاء فيه" متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند إلى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي..."[١].

ولعل ذلك راجع إلى كون" قرابة الأم في الغالب أكثر شفقة وعطفا على المحضون من قرابة الأب ولأن النساء أصبر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال لملازمتهن للبيوت أيضا"[٢].

إن القاضي وفقا للنص السالف الذكر يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها وتنازلت عنها الأم، أو سقط حقها في ذلك لمبرر شرعي كالزواج من زوج أجنبي عن المحضون، فالجدة هي الأم وإن علت ثم تليها الخالة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم" الخالة بمنزلة الأم"[٣].

---

[١] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٨٣/٠٤/٠٢، ملف رقم ٣٢٥٩٤، المجلة القضائية١٩٨٩، عدد١، ص٧٧.

[٢] معوض عبد التواب، الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، ط٦، الجزء الثاني، الإسكندرية ١٩٩٥، ص١١٠٨.

[٣] ابن القيم الجوزية، المرجع السابق -اعلام الموقعين، الجزء الرابع - ص٣٦٠. ورواه البخاري، كتاب الصلح الحديث رقم ٢٥٠١.

وهو ما ايده القضاء في احد قرارات المحكمة العليا الصادر في ١٩٨٥/١٢/٣٠ والذي جاء فيه " من المقرر شرعا أن الفقه الإسلامي قد وضع فيما يرجع إلى الحضانة أن الخالة في الدرجة الثالثة يعني قبل الجدة للأب"[١].

من كل ذلك يتضح أن الحضانة تئول للأم، وبعدها لأم الأم ثم الخالة فإذا انعدمت شروط الحضانة في هؤلاء انتقلت إلى الأب، ثم الجدة لأب.

الملاحظ أن نص المادة ٦٤ اكتفى بتحديد خمسة أشخاص من أصحاب الحق في الحضانة، دون بيان للأقربين درجة الوارد ذكرهم في النص بعد هذا التحديد الأمر الذي يستوجب حتما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد الأقربين وفقا للإحالة الواردة في المادة ٢٢٢ من قانون الأسرة.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن الآراء الفقهية اختلفت اختلافا بينا في ترتيب الحاضنات بعد الأم بحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون، حيث يرى **الحنفية** أن الأحق بالحضانة هم، الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصبات على ترتيب الميراث[٢].

أما المالكية فيرون أن الأحق بالحضانة هم: الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم الموصى، ثم للأفضل من العصبة[٣].

أما الشافعية قالوا أن الأحق بالحضانة هم: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخ، ثم بنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي رحم محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث[٤].

---

[١] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٢/٣٠ /١٩٨٥، ملف رقم ٣٩٢٠٣، منشور في نشرة القضاء، عدد٤، ص١٧٢.

[٢] عثمان بن علي الزيعلى، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، الجزء الثالث، ص٤٧.

[٣] أحمد الدرير، الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر بيروت، الجزء الثاني، ص٥٢٧.

[٤] الشربيني، المرجع السابق – مغني المحتاج، الجزء الثالث – ص٤٥٢، ٤٥٣.

أما الحنابلة فيرون أن الأحق بالحضانة هم: الأم، ثم أم الأم، ثم الأم الأب، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة، ثم لأم، ثم لأب، ثم العمة، ثم بنت الأخ، ثم بنت عم الأب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب[1].

ولقد كان قانون الأسرة ٨٤-١١ يعطي الأولوية في حضانة الصغير بعد الأم للنساء اللواتي يدلين بالقرابة إلى الأم، ويجعل الأب في مرتبة لاحقة لمرتبتهن فكان على المشرع أن يراعي الظروف المعيشية للأسرة الجزائرية لأن السواد الأعظم من الأزواج يقيمون مع الأبوين من جانب الزوج، وبصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة، ولهذا لا بد عند إسناد الحضانة ينبغي مراعاة هذه المسائل.

أما الفعل الايجابي للمشرع أن الأب مطالب بالإنفاق، والإنفاق يقتضي السعي والخروج من المنزل لتوفير حاجيات المحضون وفي هذا حرج وتعارض، إذ لا يستوي التفرغ لرعاية الطفل والإنفاق عليه مع مقابلته ورعايته، فضلا عن ذلك أن الطفل قبل السن العاشرة يحتاج إلى رعاية خاصة وحنان لا يتوفر كأصل عام إلا عند النساء بحكم الطبيعة، وبعد سن العاشرة يحتاج إلى رعاية الأب حتى ينشأ منشأ الرجال فمصلحة الطفل تكون أوفر مع أمه عند صغر سنه، قبل العاشرة من العمر وهي السن التي يؤمر فيها بالصلاة ويؤدب عليها وتكون مصلحته أوفر عند أبيه بعد هذه السن من باب القوامة ورقابة سلوكات الطفل[2].

خلاصة القول أن المشرع في قانون الأسرة رقم ١١/٨٤ أعطى الأولوية في حضانة الصغير لجهة الأم وأقاربها أكثر من جهة الأب وأقاربه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ثانيا: ترتيب الحواضن في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم٠٥-٠٢.

خالف المشرع الجزائري في تعديله لقانون الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، وذلك بمقتضى المادة ٦٤ من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم ٠٥-٠٢ بقولها " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم

---

[1] الشيخ البهوتي، المرجع السابق -شرح منتهى الإرادات، الجزء الثالث - ص٢٤٩. منصور البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلي هلال، دار الفكر بيروت ١٤٠٢ه، الجزء الخامس، ص٤٥٦ ومابعدها.

[2] بن داود عبد القادر، المرجع السابق - الوجيز في شرح قانون الأسرة - ص ١٧٠.

العمة، ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[1].

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم وقدم الأب على الجدة لأم والخالة في استحقاقه لحضانة ابنه، هذا التغيير الذي يطرح السؤال التالي، هل المشرع الجزائري خالف في ذلك أحكام الشريعة؟ أو بمعنى آخر هل الشريعة أوجبت تقديم أم الأم و بعدها الخالة على الأب؟ أم أن المسألة محل خلاف والفيصل فيها هو حكم القاضي وفقا لمصلحة المحضون؟

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، من المسائل التي لم يتحقق لها الإجماع، ومن ثم فالمشرع الجزائر في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم، لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة وفي ذلك يقول "**عبد العزيز عامر**": قال "**ابن القيم**" : "إن هذا يدل على تقديم جهة الأبوة وقال تأييدا لترجيح جهة الأبوة في الحضانة، إن أصول الشرع وقواعده شاهدة على تقديم جهة الأب على جهة الأم وذلك في الميراث وولاية النكاح وغير ذلك، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام"[2]، فأحق الناس بحضانة الطفل من الرجال هو الأب، كون هذا الأب يتحمل مسئولية كبيرة في واجب الحضانة خاصة وأنه هو من يتحمل عبء النفقة فليس من المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى بحضانة ابنه، إضافة إلى ذلك أن هذا الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأب والأم، فهو ابن مشترك بينهما فالأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه وأقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة.

ومن ذلك كله يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يخرج في تعديله للمادة ٦٤ من أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون، أي هي حق مشترك جعله المشرع مرتبطا بالنظام العام مما يجعل مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار آخر.

---

[1] عرض الأسباب: يقترح إعادة النظر في النظر في ترتيب الحق في ممارسة الحضانة عن طريق تقديم الأب على الجدة والخالة في إسناد الحضانة على اعتبار أن الأب أولى منهم وأكثر حرصا على رعاية أبنائه.

[2] بن داود عبد القادر، المرجع السابق- الوجيز في شرح قانون الأسرة- ص ١٧١.

إن ظاهر النص يوحي بأن المشرع قد جانب الصواب بإسناد حضانة الطفل إلى الأب الذي سيدفع به حتما إلى زوجته للقيام بشئونه، متقدما بذلك على أم الأم والخالة، وهن بدون أدنى شك أحن على الصغير من زوجة أبيه، إلا أن هذه المخاوف يمكن للقاضي أن يحد منها بل يقضي عليها متى رأى أن مصلحة المحضون لا تتحقق مع أبيه، لأن القاضي ملزم بإسناد الحضانة لمن يراه أجدر بالقيام بأعبائها حماية لمصلحة المحضون.

إن المشرع لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة وجوبيا على القاضي يتقيد ولا يملك الحياد عنه، بل جعله موجها له فحسب، فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضى بذلك استجابة لنص المادة ٦٤ نفسه الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون دائما، وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا وشرعا بأن الحضانة يراعي في إسنادها توفر مصلحة المحضون وهذه يقدرها قضاة الموضوع"[1].

إن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون وهو ما أدركته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون"[2].

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبيرة طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون.

---

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩١/٠٦/١٨، ملف رقم ٧٥١٧١ غير منشور نقلا عن د. بلحاج العربي، المرجع السابق - قانون الأسرة مع تعديلات، الأمر رقم ٠٥-٠٢ - ص ٣٥٤.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٩١/٠٦/١٨، ملف رقم ٣٩٢٠٣، المجلة القضائية، عدد١، سنة ١٩٩٧، ص ٣٩.

أما في القانون المغربي فقد نصت المادة ١٧١ من مدونة الأسرة بقولها " تقرر بناء على مالديها من قرائن لصالح تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة".

مما يتضح لنا أن القانون المغربي أعطى أولوية لمستحقي الحضانة للوالدين أي الأم ثم يليها الأب ثم بعد ذلك الأم الأم، فإذا انعدم وجود هؤلاء، فللمحكمة أن تعين من هو أصلح لهذه المهمة، وهو نفس الشيء الذي أخذ به المشرع الجزائري في تعديله الأخير.

أما في القانون المصري فقد نصت المادة ٢٠ من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩على أن " ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي: الأم، فأم الأم وان علت، فأم الأب وان علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور، فإذا لم توجد من هؤلاء النساء انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب التالي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم ثم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم".

كما نص في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في مادته ٢٠ على أن " ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك".

مما يتجلى لنا أن القانون المصري أعطى الأولوية لحضانة الصغير للنساء حتى بلوغه سن العاشرة، والأنثى سن اثنتي عشرة سنة، ثم بعد هذه السن الأولوية تكون للرجال وإذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تقتضي إبقاءه عند أمه أو من يليها في ترتيب الحواضن لكن دون استحقاق الحاضنة أجر الحضانة.

ومن هنا يمكن القول أن المشرع المصري أخذ هذا الحكم من المذهب المالكي، وهو بذلك مخالف للقانون الجزائري في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢، الذي أعطى الأولوية الحضانة بعد الأم للأب بعدما كانت لأم الأم ثم الخالة.

وأخيرا يمكن القول بأن القانونين المغربي والجزائري اتفقا على أن يكون الأبُ في المرتبة الثانية من مستحقي الحضانة بعد الأم، بخلاف القانون المصري الذي يعطي الأولوية للنساء.

الفرع الثالث
عمل المطلقة الحاضنة في مواجهة مصلحة المحضون

سنتناول في هذا الفرع الموقف الفقهي من عمل المطلقة الحاضنة، ثم نبين بعد ذلك موقف المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير.

أولا: موقف الفقهي

إن العمل المقصود في موضوعنا هو النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل أتم الرعاية والصيانة، ومن هنا فإننا لا نخشى بصدد التطرق إلى عمل المرأة ومدى فعاليته في إسقاط الحضانة، أن نقول أن مصلحة الطفل تجد نطاقها الواسع وامتدادا في هذه المسألة، بل تبزغ أكثر من أي مسألة من مسائل الحضانة.

ويوجد في هذا الشأن اتجاهان مختلفان[1]، وأن أساس هذا الخلاف بين الفقهاء يتجلى في مضمون العمل أو نوعية العمل الذي تسمح به الشريعة الإسلامية للمرأة، حاضنة كانت أم غير حاضنة، وإن كان اتفاقهم ينصب على أن الواجب يدعونا إلى اعتبار "بناء الأسرة "

---

[1] الواقع أنه لا خلاف بين الفقهاء وعلماء الشريعة في أن المرأة مكلفة بالأمر المعروف والنهي عن المنكر مثلها مثل الرجال تمام وذلك لقوله تعالى:" والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله، أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم"(سورة التوبة الآية ٧١). كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المرأة تثاب على العمل الصالح الذي تؤديه، وذلك لقوله تعالى" ومن يعمل من الصالحات من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نقيرا" سورة النساء، الآية ١٢٤. وقوله تعالى:" فاستجاب لهم ربهم أني لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى بعضكم من بعض"(سورة آل عمران، الآية ١٩٥). كما أن للمرأة الحق في أن تنال أجر عملها كما ينال الرجل أجر عمله، وذلك لقوله تعالى" للرجال نصيب مما اكتسبوا، وللنساء نصيب مما اكتسبن" (سورة النساء، الآية ٣٢). - د. أمينة فؤاد، مهنة المرأة والوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤، ص ٥٢، ٥٣.

الوظيفة الاساسية للمراة لكي تتمكن من اداء دورها في تربية الأطفال والعناية بهم عناية تامة.

– وعليه يذهب أنصار الاتجاه الأول إلى القول، أن دور المرأة الأساسي هو رعاية الأسرة والأطفال ولا يحق لها الخروج للعمل إلا في حالة الضرورة القصوى التي تقدر بقدرها لما في ذلك من إخلال بواجبها الجوهري ودورها الطبيعي في الحياة[١].

– غير أن الاتجاه الثاني يرى خلافا للرأي الأول، إلى القول أن للمرأة أن تعمل خارج المنزل، ولها أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها ولكن دون إخلال بواجباتها الأساسية[٢].

ويرى الامام "**محمد عبدو**" أن توضع هذه المساواة في التطبيق بمقتضى العرف الذي يتحدد بدرجة التطور التي وصلها المجتمع الذي يعيش فيه المسلمون[٣]. وفي هذا يقول **الوليد ابن رشد** " يجب على النساء أن يقمن بخدمة المجتمع والدولة قيام الرجال"[٤].

ومن هنا يمكننا أن نقرر أنه ليس من الممكن إغفال مسألة عمل المرأة ولا صرف النظر عنها، لأن خروج المرأة اليوم، إلى المجتمع لعملها لم يعد دخيلا عليه، بل ضروريا في مشاركتها في التنمية، وهذا الأمر إذا كان ينطبق على المرأة بصفة عامة، فإنه بالأحرى ينطبق على المطلقة الحاضنة العاملة أيضا.

---

[١] وفي هذا يقول **محمد قطب**"...إن المرأة ينبغي أن تكون أنثى. وينبغي أن تتفرغ لوظيفتها الطبيعية الأولى.. الهامة...الخطيرة.. المقدسة. ولا تفتن عنها بأية وظيفة أخرى قد تستطيعها، وقد تتقنها، وقد تبذ فيها الرجال...إلخ، ولكنها ليست وظيفتها وليس من صالحها هي – كامرأة – أن تستبدل بها وظيفتها، كما أنه ليس من مصلحة النوع البشري أن تختل وظائف الجنسين فيه، أو أن يختل كذلك تركيبهما العضوي، فوق اختلال تركيبهما النفسي والعصبي". أنظر محمد قطب، التطور والثبات في حياة البشر، دار الشروق، بيروت، ١٩٧٤، ص ٢١١.

[٢] د. عبد الحكيم العميلي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، مجلة السياسة الدولية ١٩٧٥، عدد ٣٩، ص ١٢٠ وما بعدها، الإمام محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ص ١٥٦.

[٣] محمد عمارة، الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمد عبده، تحقيق ودراسة، دار القاهرة للدراسة العربية، ١٩٧٥، ص١٥.

[٤] د. تشوار حميدو زكية، عمل المطلقة الحاضنة كسبب مسقط للحضانة بين الفراغ التشريعي والواقع الاجتماعي،(مقالة) قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديث ٢٠٠٧ م، نقلا عن الوليد ابن رشد، ص١٢٠.

ثانيا: قانونا.

بالرجوع إلى نص المادة ٦٧ من قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ والتي تنص " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة ٦٢ أعلاه، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه".

من هذه المادة نرى أنّ الحضانة قد تسقط لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة ٦٢ من قانون الأسرة، أي الإخلال بواجبات الحضانة سواء تعلقت بأهلية الحاضن العقل، الأمانة، والقدرة... الخ، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية، ويمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في هذه الحضانة، إذ ما طلب منها أحد المستحقين من احدى الدرجات الأخرى الحضانة، ولكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى دائما تراعي مصلحة المحضون في حالة بقائه مع حاضنته الأولى وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على هذا الحاضن وإسنادها إلى غيره[1].

لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في قانون ٨٤-١١ من بينها سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة، فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس بسبب لإسقاط الحضانة عنها[2]، رغم عدم وجود النص القانوني ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام. فتدخل المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢، وأعطى إجابة صريحة عن عمل المرأة من خلال المادة ٦٧ معدلة التي جاء فيها " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة ٦٢ أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن

(١) عبد العزيز سعد، المرجع السابق – الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري – ص ٣٠١.

(٢) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٨٤/٠٤/٠٢، ملف رقم ٣٢٥٩٤، المجلة القضائية ١٩٨٩، عدد١، ص ٧٧.

أما في القانون المغربي فقد نصت المادة ١٧١ من مدونة الأسرة بقولها " تقرر بناء على ماالديها من قرائن لصالح تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة".

مما يتضح لنا أن القانون المغربي أعطى أولوية لمستحقي الحضانة للوالدين أي الأم ثم يليها الأب ثم بعد ذلك الأم الأم، فإذا انعدم وجود هؤلاء، فللمحكمة أن تعين من هو أصلح لهذه المهمة، وهو نفس الشيء الذي أخذ به المشرع الجزائري في تعديله الأخير.

أما في القانون المصري فقد نصت المادة ٢٠ من قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩على أن " ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي: الأم، فأم الأم وان علت، فأم الأب وان علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور، فإذا لم توجد من هؤلاء النساء انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب التالي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم ثم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم".

كما نص في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في مادته ٢٠ على أن " ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك".

مما يتجلى لنا أن القانون المصري أعطى الأولوية لحضانة الصغير للنساء حتى بلوغه سن العاشرة، والأنثى سن اثنتي عشرة سنة، ثم بعد هذه السن الأولوية تكون للرجال وإذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تقتضي إبقاءه عند أمه أو من يليها في ترتيب الحواضن لكن دون استحقاق الحاضنة أجر الحضانة.

ومن هنا يمكن القول أن المشرع المصري أخذ هذا الحكم من المذهب المالكي، وهو بذلك مخالف للقانون الجزائري في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ الذي أعطى الأولوية الحضانة بعد الأم للأب بعدما كانت لأم الأم ثم الخالة.

وأخيرا يمكن القول بأن القانونين المغربي والجزائري اتفقا على أن يكون الأب في المرتبة الثانية من مستحقي الحضانة بعد الأم، بخلاف القانون المصري الذي يعطي الأولوية للنساء.

الفرع الثالث

عمل المطلقة الحاضنة في مواجهة مصلحة المحضون

سنتناول في هذا الفرع الموقف الفقهي من عمل المطلقة الحاضنة، ثم نبين بعد ذلك موقف المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير.

أولا: موقف الفقهي

إن العمل المقصود في موضوعنا هو النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل أتم الرعاية والصيانة، ومن هنا فإننا لا نخشى بصدد التطرق إلى عمل المرأة ومدى فعاليته في إسقاط الحضانة، أن نقول أن مصلحة الطفل تجد نطاقها الواسع وامتدادا في هذه المسألة، بل تبزغ أكثر من أي مسألة من مسائل الحضانة.

ويوجد في هذا الشأن اتجاهان مختلفان[1]، وأن أساس هذا الخلاف بين الفقهاء يتجلى في مضمون العمل أو نوعية العمل الذي تسمح به الشريعة الإسلامية للمرأة، حاضنة كانت أم غير حاضنة، وإن كان اتفاقهم ينصب على أن الواجب يدعونا إلى اعتبار "بناء الأسرة "

---

[1] الواقع أنه لا خلاف بين الفقهاء وعلماء الشريعة في أن المرأة مكلفة بالأمر المعروف والنهي عن المنكر مثلها مثل الرجال تمام وذلك لقوله تعالى:" والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله، أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم"(سورة التوبة الآية ٧١). كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المرأة تثاب على العمل الصالح الذي تؤديه، وذلك لقوله تعالى" ومن يعمل من الصالحات من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نفيرا" سورة النساء، الآية ١٢٤. وقوله تعالى:" فاستجاب لهم ربهم أني لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى بعضكم من بعض"(سورة آل عمران، الآية ١٩٥). كما أن للمرأة الحق في أن تنال أجر عملها كما ينال الرجل أجر عمله، وذلك لقوله تعالى" للرجال نصيب مما اكتسبوا، وللنساء نصيب مما اكتسبن" (سورة النساء، الآية ٣٢). - د. أمينة فؤاد، مهنة المرأة والوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤، ص ٥٢، ٥٣.

الوظيفة الأساسية للمرأة لكي تتمكن من أداء دورها في تربية الأطفال والعناية بهم عناية تامة.

– وعليه يذهب أنصار الاتجاه الأول إلى القول، أن دور المرأة الأساسي هو رعاية الأسرة والأطفال ولا يحق لها الخروج للعمل إلا في حالة الضرورة القصوى التي تقدر بقدرها لما في ذلك من إخلال بواجبها الجوهري ودورها الطبيعي في الحياة[1].

– غير أن الاتجاه الثاني يرى خلافا للرأي الأول، إلى القول أن للمرأة أن تعمل خارج المنزل، ولها أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها ولكن دون إخلال بواجباتها الأساسية[2].

ويرى الامام "**محمد عبدو**" أن توضع هذه المساواة في التطبيق بمقتضى العرف الذي يتحدد بدرجة التطور التي وصلها المجتمع الذي يعيش فيه المسلمون[3]. وفي هذا يقول **الوليد ابن رشد** " يجب على النساء أن يقمن بخدمة المجتمع والدولة قيام الرجال"[4].

ومن هنا يمكننا أن نقرر أنه ليس من الممكن إغفال مسألة عمل المرأة ولا صرف النظر عنها، لأن خروج المرأة اليوم، إلى المجتمع لعملها لم يعد دخيلا عليه، بل ضروريا في مشاركتها في التنمية، وهذا الأمر إذا كان ينطبق على المرأة بصفة عامة، فإنه بالأحرى ينطبق على المطلقة الحاضنة العاملة أيضا.

---

(1) وفي هذا يقول **محمد قطب**"...إن المرأة ينبغي أن تكون أنثى. وينبغي أن تتفرغ لوظيفتها الطبيعية الأولى.. الهامة...الخطيرة.. المقدسة. ولا تفتن عنها بأية وظيفة أخرى قد تستطيعها، وقد تتقنها، وقد تبذ فيها الرجال...إلخ، ولكنها ليست وظيفتها وليس من صالحها هي – كامرأة – أن تستبدل بها وظيفتها، كما أنه ليس من مصلحة النوع البشري أن تختل وظائف الجنسين فيه، أو أن يختل كذلك تركيبهما العضوي، فوق اختلال تركيبهما النفسي والعصبي". أنظر محمد قطب، التطور والثبات في حياة البشر، دار الشروق، بيروت، ١٩٧٤، ص ٢١١.

(2) د. عبد الحكيم العميلي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، مجلة السياسة الدولية ١٩٧٥، عدد ٣٩، ص ١٢٠ وما بعدها، الإمام محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ص ١٥٦.

(3) محمد عمارة، الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمد عبده، تحقيق ودراسة، دار القاهرة للدراسة العربية، ١٩٧٥، ص١٥.

(4) د. تشوار حميدو زكية، عمل المطلقة الحاضنة كسبب مسقط للحضانة بين الفراغ التشريعي والواقع الاجتماعي،(مقالة) قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديث ٢٠٠٧ م، نقلا عن الوليد ابن رشد، ص١٢٠.

ثانيا: قانونا.

بالرجوع إلى نص المادة ٦٧ من قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ والتي تنص " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة ٦٢ أعلاه، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه".

من هذه المادة نرى أن الحضانة قد تسقط لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة ٦٢ من قانون الأسرة، أي الإخلال بواجبات الحضانة سواء تعلقت بأهلية الحاضن العقل، الأمانة، والقدرة... الخ، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية، ويمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في هذه الحضانة، إذ ما طلب منها أحد المستحقين من احدى الدرجات الأخرى الحضانة، ولكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى دائما تراعي مصلحة المحضون في حالة بقائه مع حاضنته الأولى وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على هذا الحاضن وإسنادها إلى غيره[1].

لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في قانون ٨٤-١١ من بينها سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة، فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس بسبب لإسقاط الحضانة عنها[2]، رغم عدم وجود النص القانوني ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام. فتدخل المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ وأعطى إجابة صريحة عن عمل المرأة من خلال المادة ٦٧ معدلة التي جاء فيها " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة ٦٢ أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق – الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري – ص ٣٠١.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ١٩٨٤/٠٤/٠٢، ملف رقم ٣٢٥٩٤، المجلة القضائية ١٩٨٩، عدد١، ص ٧٧.

يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[1].

ما نراه أن الفقرة الأولى من هذه المادة واضحة لا تحتاج إلى تعليق ولا إلى شرح أكثر مما أسلفناه، لكن الفقرة الثانية هي التي تثير جدلا محتدما، ونقاشا ساخنا تقتضي الوقوف عندها وعرض دواعيها، والواقع أن أحكام الفقرة الثانية تتعلق بحالة أصبحت ظاهرة هي وليدة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كما أسلفنا الذكر، وذلك لأن الآباء أصبحوا يطالبون الزوجات الحواضن بإسقاط الحضانة عنهن كلما علموا أن المطلقة أو غيرها من الحواضن لها عملا خارج البيت، ولكن الأب أيضا مطالب بالنفقة والخروج للعمل، فليس من الحق والعدل أن يؤخذ الولد من أمه أو الجدة بسبب العمل خارج البيت، فالأب لا يؤدي للحاضنة أجرة الحضانة في التشريع الجزائري رغم ثبوت هذا الحق شرعا عند جميع المذاهب الفقهية، وإذا كانت الحاضنة هي المطلقة فالأب ينفق على ولده لا على طليقته، إذن فيحق لها واقعيا من هذا الوجه أن تعمل وتكتسب لتعيش بشرف ولا عبرة حينئذ بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل، إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية فردية وجماعية يعينها بحكم تمهيدي أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، أو أنه مهمل هنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام، فقد تسقط الحضانة على الحاضن ويعين من يليها في الدرجة طبقا للشرع والقانون مع مراعاة مصلحة المحضون دائما[2]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها حيث نصت على مايلي:

" من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة. ومن ثم، فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الوالدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

---

[1] عرض الأسباب المادة ٦٧ معدلة جاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع الذي صادقت عليه الحكومة أن التعديل المقترح لهذه المادة يهدف إلى التأكيد على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة وذلك تماشيا مع تطور المجتمع وحماية لحق المرأة في حضانة أبنائها وحقها في العمل.

[2] بن داود عبد القادر، المرجع السابق- الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص ١٧١.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ٢٠٠٢/٠٧/٣٠، ملف رقم ٢٧٤٢٠٧، المجلة القضائية ٢٠٠٤، عدد ١، ص٢٧٠.

أما عن عمل المرأة كأصل عام فمن المقرر شرعا وقانونا أنه من حق المرأة أن تعمل إلا إذا أثبت الزوج إثباتا قاطعا للشك باليقين أن الزوجة أخلت بواجباتها الأسرية وعرضت أطفالها للخطر، فمن هنا يمكن للزوج منعها من العمل طبقا لمبدأ تسرب الخطر إلى الحياة الأسرية والأطفال ويضمن لها بالمقابل نفقتها ونفقة أولادها تبعا للأصل المتبع.

وما يتضح لنا كذلك أن المشرع الجزائري أصر على عمل الحاضنة، وأن عملها لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، والاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.

أما في مدونة الأسرة المغربية فلم تنص صراحة على عمل المطلقة الحاضنة، ولكن من الناحية التطبيقية نجد قرارا لمجلس الأعلى المغربي بتاريخ ١٩٧٥/٠٢/١٠" حيث إن الحاضنة إذا زاولت وظيفة من الوظائف الإدارية أو التعليمية التي لا تستغرق إلا جزءا من يومها لا يقوم بها مانع يمنعها من القيام بشئون المحضون وأن القول بخلاف ذلك هذا إدعاء لا تصدقه حالات الناس اليومية..."[١].

ما يتضح لنا من هذا القرار أنه لم يوضح مدى نفاذ إسقاط الحضانة في مواجهة الأم العاملة، بل ما يمكن فهمه أن بقاء الحاضنة خارج البيت طيلة اليوم يسقط حقها في الحضانة، ومن هنا يمكن القول أن قضاء مجلس الأعلى المغربي يجيز لمستحقي الحضانة التمسك بعمل الحاضنة المتواصل طيلة اليوم كسبب من أسباب إسقاط الحضانة. وفي الأخير يمكن القول بأن القانون الجزائري يعتبر عمل الحاضنة ليس سببا من أسباب سقوط الحضانة، بخلاف القانون المغربي الذي لم يبين ذلك من خلال تعديله الأخير لمدونة الأسرة المغربية لسنة ٢٠٠٤.

المطلب الثاني
الحق في النفقة والسكن

إن الشريعة الإسلامية أقرت أنه لا تجب النفقة إلا بأسباب ثلاثة هي: الزوجية، الملك، والقرابة. والقرابة تتمثل في الأصول والفروع وكذلك الحواشي من ذوي الأرحام، ونفقة الأقارب تكون على الآباء لأبنائهم وعلى الأبناء لآبائهم وعلى الزوج لزوجته وهي

[١] مجلس الأعلى المغربي، قرار بتاريخ ١٩٧٥/٠٢/١٠، ملف اجتماعي رقم ٤١٨٣١، غير منشور، نقلا عن محمد كشبور، المرجع السابق، ص٤٧٥.

واجبة بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وسبب وجوب تلك النفقات الواجبة أن وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو احتباسها لحق الزوج وانتفاعه بها، وسبب وجوب نفقة الأولاد الصغار أن الفرع جزء من أصله، فكما يجب على الإنسان الإنفاق على نفسه فتجب عليه نفقة جزئه إن كان محتاجا وتبعا لذلك تجب نفقة الأصل على فرعه .

والنفقة المقصودة بالدراسة هنا هي نفقة المحضون، وهي الأموال التي يمكن أن تنفق على الطفل من ملبس ومأكل ومصاريف علاج...الخ، وهي في المرحلة الأولى من الحضانة وقبل نهاية فترة الرضاعة تكون بمثابة العوض عن الرضاعة، مما دعا بعض الفقهاء إلى تسميتها بأجرة الرضاعة وأثناء المدة الباقية من الحضانة تعتبر نفقة[1].

وهو ما نتناوله في هذا المطلب من خلال بيان موقف الفقهاء من نفقة الأولاد، وكذلك موقف المشرع الجزائري، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول
الموقف الفقهي

الأصل أن النفقة واجبة على الأصل نحو الفرع، وذلك لقوله تعالى" وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[2]، أي أن على الأب المولود له نفقة أولاده بسبب الولادة، كما تجب عليه نفقة الزوجة بسبب الزوجية والولد أيضا.

ومن السنة النبوية عن عائشة أن هندا أم معاوية امرأة أبي سفيان أتت رسول الله فقالت يا رسول أن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطيني ما يكفيني وبني إلا ما اخذت منه وهو لا يعلم فهل علي في ذلك جناح فقال " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[3]، أي نفقة الولد وزوجته واجبة على الأب.

ومن المقرر أن لبعض الأقارب نفقة على قريبهم الموسر أو الكسوب القادر، ولكن اختلف الفقهاء في حدود القرابة الموجبة للإنفاق ، فمنهم من ضيق في النفقة الأقارب، وبعضهم وسع، والبعض الآخر توسط بين هؤلاء وهؤلاء وسنبين ذلك على النحو الآتي:

---

(1) فضيل سعد، المرجع السابق – شرح قانون الأسرة، الجزء الأول – ص ٣٨٣.

(2) سورة البقرة، الآية ٢٣٣ .

(3) أبو محمد، المرجع السابق – سنن الدرامي، باب في وجوب نفقة الرجل على أهله – ص١٥٩.

أولا: موقف الفقهاء

١- **الحنفية**: قالوا سبب نفقة الأقارب القرابة المحرمية، ولو لم تكن قرابة أولاد، لأن الله سبحانه وتعالى أمر بصلة الرحم على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم، ومن صلة الرحم الإنفاق عند الحاجة وهذا ما جاء في **بدائع الصنائع للكاساني** " وإن شئت قلت سبب نفقة الأقارب في الولادة وغيرها من الرحم المحرم هو قرابة المحرمة ذي الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تقتضي إلى قطع الرحم فيحرم الترك وإذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة"[١].

أما فيما يخص نفقة الأولاد فالأحناف قالوا: أنه لا فرق بين أن يكون الولد ذكراً أو أنثى فإن كان ذكراً فإن نفقته تجب على أبيه وذلك بالشروط الآتية:

- أن يكون الولد فقيرا لا مال له فإن كان له مال فينفق عليه من ماله وإن لم يكن لديه مال فنفقته واجبة على أبيه.

- أن لا يبلغ الحلم (أي البلوغ)، فإن بلغ ولم يكن به عاهة تمنعه من اكتساب المال، فكان عليه أن يكتسب وينفق على نفسه وإلا استمرت نفقته على أبيه، أما إذا كان الابن طالب العلم مستقيم الحال فإن نفقته تجب على أبيه حتى ولو كان كبيرا وليس لوالده من منعه طلب العلم، وإن كانت للابن زوجة فلا تجب نفقة الزوجة على والده. وأن يكون الولد حراً أي أن لا يكون الولد مملوكا للغير، فإن كان مملوكا للغير فإن نفقته لا تجب على الوالد بل تكون واجبة على المالك وهذا إذا كان الولد ذكرا، أما إذا كانت أنثى فإن نفقتها تجب على والدها سواء كانت صغيرة أم كبيرة، ولكن ذلك لا يتحقق إلا بشرطين هما:

- أن تكون هذه البنت فقيرة فإذا كان لها مال وجب أن ينفق عليها من مالها وليس للأب أن يؤجر بنته الفقيرة في عمل لتكسب، بخلاف ما إذا كان ذكرا وله أن يدفعها إلي امرأة تعلمها حرفة الخياطة والنسيج أو نحو ذلك فإذا تعلمت وكان لها من ذلك العمل مال فإن نفقتها تكون من مالها الذي كسبته.

---

[١] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر زكريا على يوسف مطبعة الامام ١٣ شارع قرقول المشية بالقلعة مصر، الجزء الخامس، ص٢٢٣٢.

- أن تكون حرة فلو كانت مملوكة للغير كانت نفقتها واجبة على مالكها[1]، وقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني " أما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة لأن به تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ويجب على الإنسان إحياء كله وجزئه "[2].

أما فيما يتعلق بمشتملات النفقة فالحنفية قالوا إنها تتكون من الخبز والأدم والملبس والمسكن والخادم ويشيرون إلى الإعفاف. فقد جاء في **بدائع الصنائع للكاساني** " وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الأقارب مقدرة بالكفاية بلا خوف لأنها تجب للحاجة فتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع إن كان رضيعا لأن وجوبها الكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء وما من للمنفقين عليه خادم يحتاج إلى خدمته تفرض له أيضا لأن ذلك من جملة الكفاية "[3]، واستدل الحنفية بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند" خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "، فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية.

٢- **المالكية:** قالوا أن النفقة الواجبة فجعلوها على الأبوين والأولاد الصلبيين دون بقية الأصول والفروع وذلك لقوله تعالى " وبالوالدين إحساناً " وقوله صلى الله عليه وسلم " أنت ومالك لأبيك"، وقوله تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[4]. فاستدلوا بهذه النصوص على وجوب النفقة على الأبوين والأولاد.

أما فيما يخص نفقة الأولاد فالمالكية قالوا: يجب على الأب نفقة أولاده بالشروط الآتية:

- أن يكونوا فقراء لا مال لهم فلو كان للولد مال أو صنعة رائجة يمكنه أن يكتسب منها فالنفقة له على أبيه وإذا كان له مال قبل بلوغه فإنه يكون له الحق في النفقة على أبيه.

- أن يكون بالغا عاقلا قادرا على الكسب فإذا بلغ على هذه الحالة فإن نفقته تسقط على أبيه، أما إذا بلغ مجنونا أو ذا عاهة تمنعه من الكسب فإن نفقته تستمر على أبيه.

---

[1] د. عبد الرحمان الجز يري، المرجع السابق - الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع - ص ٤٤١.

[2] الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الخامس - ص٢٢٣٢.

[3] الكاساني، المرجع السابق- بدائع الصنائع، الجزء الخامس- ص٢٢٤٦.

[4] سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

- أن يكون ولد حراً غير مملوك للغير فإن كان مملوكا للغير وجبت نفقته على مالكه أما إذا كانت أنثى حرة فإن نفقتها تجب على أبيها حتى يدخل بها زوجها أو يدعى للدخول بها، فإن النفقة في هذه الحالة تجب على الزوج، أما إذا طلقها أو مات عنها زوجها عادت نفقتها على أبيها[1].

- أن يكون الأب موسرا فإذا كان معسرا لا يلزم الأب على الكسب لأجل نفقة أولاده حتى ولو كان قادرا على الكسب بصنعة أو غيرها لم يجب عليه التكسب لينفق على أولاده المعسرين[2].

أما فيما يتعلق بمشتملات النفقة فالمالكية قالوا تشمل الخدمة وإعفاف الأب بزوجة واحدة قال الخرشي " إنما يجب إعفاف الأب بزوجة واحدة لا بأمة ولا بأكثر من واحدة والظاهر أن الأب لا يلزمه قبول الأمة"[3].

٣- **الشافعية:** قالوا إن النفقة الموجبة هي قرابة الولادة أي تجب فقط نفقة الفروع على أصولهم، ونفقة الأصول على فروعهم من غير تقيد بدرجة. أما فيما يخص نفقة الأولاد فالشافعية قالوا، إنها تجب على الأب بالشروط الآتية:

- أن يكون الابن صغيرا فإذا كان بالغا فلا تجب له على أبيه نفقة إلا إذا كان مجنونا أو ذا عاهة تمنعه من الكسب فإن نفقته تبقى مستمرة على أبيه.

أما إذا كانت أنثى فإن نفقتها تجب على أبيها إلى أن تتزوج فتصبح نفقتها واجبة على زوجها أما إذا كانت قادرة على الزواج وامتنعت فقيل تسقط نفقتها عن أبيها لأن هذا ضرب من ضروب الكسب، والولد يجب عليه الاكتساب متى كان قادرا وقيل لا تسقط النفقة لأن الاكتساب بمثل هذا العيب لا يليق وهو المشهور عند الشافعية[4].

---

[1] هذا إذا عادت إلي أبيها صغيرة أو بكرا أما إذا عادت ثيبا بالغة صحيحة فان نفقتها لا تعود على أبيها، د. عبد الرحمان الجز يري، المرجع السابق - الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع - ص ٤٤٩، ٤٥٠.

[2] د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق- الفقه الإسلامي وأدلته، الجزءالسابع - ص ٨٢٣.

[3] الشيخ علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر بيروت، المجلد الثالث-والرابع، دار صادر بيروت، الجزء الثالث، ص٢٠٣.

[4] الشربيني، المرجع السابق - مغني المحتاج، الجزء الثالث - ص٤٢٥. د. عبد الرحمان الجز يري، المرجع السابق - الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع - ص ٤٥٠.

- أن يكون الولد ذكراً كان أو أنثى فقيرا فإذا كان الصغير غنيا فنفقته لا تجب على أبيه بل ينفق من ماله والمقصود بالغنى ما يملك كفايته.

- أن يكون حرا فإن كان مملوكا فنفقته على مالكه، أما الأم فليست مجبرة على النفقة وإنما عليها أن ترضع صغارها ، أما فيما يتعلق بمشتملات النفقة فالشافعية قالوا: تقدر بما فيه كفايتهم من قوت وأدم وكسوة ولابد من إشباعهم بدون مبالغة وعليه شراء الأدوية وأجرة الطبيب والخادم.

وفي هذا يقول ابن حجر الهيثمي في حاشية الشرواني " وينبغي وجوب فرش وغطاء وأواني الأكل والشرب وما يتنظف به من أوساخ مضرة وأجرة حمام معتاد احتيج إليه لنحو إزالة الأوساخ بل لا يبعد وجوب ثمن ماء الغسل من الاحتلام وينبغي أن يجب للقريب أيضا ماء الطهارة سفرا أو حضرا نظير ما يأتي في الرقيق"[١].

أما إذا فاتت النفقة وتجمدت، فإنها لا تصير دينا إلا إذا اقترض النفقة قاضي بنفسه أو أذن المنفق عليهم بالاقتراض أما مجرد فرض القاضي فإنه لا يكون كاف في تقرير النفقة وجعلها دينا وبعضهم يرى أنه يكفي فإذا فرض النفقة ولم يأمر بالاستدانة فإنها تصير دينا في ذمة الأب ولا تسقط[٢].

٤ - **الحنابلة:** قالوا إن القرابة تكون سببا في الإنفاق أي قرابة الأصول والفروع ويثبتها لكل رحم وارث بأي طريق الإرث والقرابة التي يكون فيها القريب الموسر وارثا للقريب المحتاج أن ترك مالا، لقوله تعالى في نفقة الولد " وعلى الوارث مثل ذلك"، ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضي أن يكون الوارث أحق بمال المورث من سائر الناس فتثبت نفقة الأقارب عند ذوي الأرحام إذا كانوا من عمود النسب[٣]. أما فيما يخص نفقة الأولاد فالحنابلة قالوا: تجب على أبيهم بالشروط الآتية:

- أن يكونوا فقراء فمتى كانوا موسرين فلا يجب الإنفاق عليهم، ومتى كانوا قادرين على الكسب والإنفاق على أنفسهم.

---

(١) ابن حجر الهيثمي، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثامن ، ص ٣٤٨.

(٢) د. عبد الرحمن الجز يري، المرجع السابق - الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع - ص ٤٥٠.

(٣) ابن قدامة، المرجع السابق - المغني، الجزء السابع - ص ٥٨٤.

- أن يكون للأب أو لمن تجب عليه النفقة مال زائد ينفق عليهم وعلى نفقته ونفقة زوجته وخادمه.

- أن يكون الأب والابن حرين فإذا كان الأب رقيقا أو الابن رقيقا فلا تجب لأحدهما نفقة على الآخر. أما إذا كان الأب معسرا وله ولد موسر فإن على ابنه أن ينفق على أبيه المعسر وعلى إخوته الصغار وعلى زوجة أبيه[1].

أما فيما يتعلق بمشتملات النفقة فالحنابلة قالوا: إنها تتكون من الطعام والكسوة والسكن والخادم واعفاف من تجب له النفقة، وقد جاء في المغني **لابن قدامة** " فإن احتاج إلى خادم فعليه إخدمه كما قلنا في الزوجة لأن ذلك من تمام كفايته"[2].

ثانيا: أجرة الحاضنة وسكن الصغير

إذا كانت الحاضنة هي الأم حال قيام الزوجية مع والد صغيرها فلا تستحق الأجرة الحضانة، وكذلك لو كانت في العدة من طلاق بائن أو رجعي لأنها تأخذ نفقة عدتها عليها فلا يصح أن تجمع بين نفقتها عليه وأجرة حضانتها لولدها منه، وإذا كانت الحاضنة معتدة من وفاة زوجها فإنها تستحق أجرة حضانة ولدها الصغير لأنها ليست لها نفقة عدة في هذه الحالة، أما إذا كانت انتهت عدة الأم في جميع الحالات السابقة فإنها تستحق أجرة الحضانة.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلها أجرة الحضانة ما لم تكن متبرعة بالحضانة، ولما كانت أجرة الحضانة مقابل خدمتها لمصلحة المحضون فهي دين صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

أما فيما يتعلق بأجرة مسكن الحضانة فإذا كانت للحاضنة سكن قبل الحضانة أو كانت متزوجة بذي رحم محرم للصغير، فلا يحق لها المطالبة بأجرة مسكن الحضانة، وإن لم يكن لها مسكن مملوك تسكن فيه أو لم تكن متزوجة بذي رحم محرم وطلبت أجرة مسكن الحضانة تحضن فيه الصغير فيجب لها فيمن تجب عليه الأجر وكذا أجرة خادم، وإن كانت محتاجة لذلك[3]. وأخيرا فإن أجرة الحضانة والسكن تجب على من تجب عليه نفقة الصغير.

---

[1] د.عبد الرحمن الجز يري، المرجع السابق- الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع- ص ٤٥٠، ٤٥١.

[2] ابن قدامة، المرجع السابق- المغني، الجزء السابع - ص ٥٩٥.

[3] د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق- أحكام الأسرة - ص ٤٢٧، ٤٢٨.

الفرع الثاني
موقف المشرع الجزائري

نصت المادة ٧٢ من قانون الأسرة رقم ٨٤-١١ بقولها " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلي والده أن يهئ له سكنا وان تعذر فعليه أجرته ".

يلاحظ من هذه المادة أن نفقة المحضون من ملبس ومأكل وعلاج ومسكن... الخ وفقا للمادة ٧٨ من قانون الأسرة تجب على المحضون أصلا إذا كان له مال[١].

وفي الحقيقة أن نص المادة ٧٢ لم تتكلم عن النفقة في حالة عدم وجود مال خاص به وهنا فالنفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسئول عنه. وإنما تكلم عن توفير السكن أو أجرته في حال التعذر ولم يتكلم عما إذا كانت أجرة السكن تعني السكن المستقل الذي يأوى الأطفال مع أمهم أم يتضمن النص أيضا ما لو كانت تسكن عند والديها ؟ فهل يجب عليه دفع الأجرة أم لا ؟

وبالنظر إلى النص نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لممارسة الحضانة، أو يدفع بدل الإيجار في حال سكن الأم الحاضنة عند أهلها.

ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه لأن توفير السكن المستقل، وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة لأن الأب غير مسئول من الناحية القانونية على نفقتها.

غير أنه في مسألة السكن نجد تعارضا كبيراً بين الإطلاق والتقييد في المادتين ٥٢ و٧٢ من قانون الأسرة ٨٤-١١[٢]، إذ نجد المادة ٥٢ تنص على أن " وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل ايوائها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج ". ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها.

---

[١] وذلك كأن يكون وارثا أو يكون موهوبا أو موصى له بأموال من قبل الأقارب.

[٢] بن داود عبد القادر، المرجع السابق – الوجيز في شرح قانون الأسرة – ص ١٢٧.

ومن ثم فإن استحقاق حق السكن لممارسة الحضانة كان معلقا على شـروط واقفـة هي:

- عدم وجود ولي للزوجة يقبل إيواءها.

- أن يكون للحاضنة محضونان بصفة الجمع تبعا لنص القانون، وكان النص أن تفقد المطلقة حقها في السكن بزواجها أو ثبوت انحرافها بينما السكن ليس حقاً للمطلقة، بل هو حق للمحضون وان الشرط المسقط للحق في السـكن ما كان ينبغي ربطه في النص القديم بالمطلقة دون غيرها من الحواضن وكان الانحراف ممنوعا في حقها جائز لغيرها من الحاضنات، فكان الأولى أن تكون الصيغة في النص الأول لنص المادة ٥٢ من قانون ٨٤-١١ " تفقد الحاضنة حقها في السكن وليست " تفقد المطلقة "، يكون السقوط حال الانحراف شاملاً للمطلقة أو لغيرها من الحواضن[1].

في حين نجد المادة ٧٢ من قانون ٨٤-١١ تقرر خلافا لنص المادة ٥٢ من نفس القانون، مما أدى إلى تضارب الاجتهادات القضائية لأن المادة ٥٢ تقيد المادة ٧٢ التي هي عمومية في لفظها ومعناها وللاجتهاد القضائي عذره في التناقض الذي كان سائداً لأن النصوص القانونية نفسها متعارضة على ما سبق بيانه.

ولذلك كان لابد من إعادة صياغة النص للمادة ٧٢ بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير المسكن المستقل فإن تعذر يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة إذا قامت هي بتوفير المسكن عند عجز الزوج حتى ولو كان المسكن هو مع أبويها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون.

هذا ما كان من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ فحسم المسألة تناقض الاجتهادات بتعديل المادة ٧٢ فأصبح نصها كالآتي " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن."

---

[1] بن داود عبد القادر، المرجع السابق- الوجيز في شرح قانون الأسرة - ص ١٢٨ .

ما يتضح لنا من خلال المادة ٧٢ المعدلة أنه تم استدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الاجتهاد القضائي حيث جاء في المادة المعدلة جمع شتات المادتين ٥٢ و٧٢ في صيغة واحدة ترفع اللبس[1].

كما يتضح لنا أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي ومحضونها يجب توافر الشروط الآتية :

- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون مسكن الجدة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلي توفير سكن للحاضنة.

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحداً أو أكثر.

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ ٢٠٠٢/٠٧/٣١ بقولها " لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن"[2].

أما فيما يخص الفقرة الثانية من المادة ٧٢ المعدلة والتي نصت على أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، حيث إنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق أو الحكم المتعلق بمسكن الحضانة ، وحسب رأينا أن هذا يكاد يكون في حكم المستحيل، وذلك لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية ، وذلك لأن كلا الزوجين أو إحداهما لم يطيق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة النزاع هذا من جهة، ومن جهة ثانية يمكن للمرء أن يلاحظ أنه إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة ٥٢ من قانون رقم ٨٤-١١ تنص على أنه تفقد المطلقة

---

[1] تنص المادة ٥٢ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ بقولها " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ ٢٠٠٢/٠٧/٣١، ملف رقم ٢٨٨٠٧٢ ، المجلة القضائية ٢٠٠٤، عدد١، ص ٢٨٥.

حقها في السكن متى ثبت زواجها بزوج آخر وثبت انحرافها فإن المادة ٧٢ المعدلة أغفلت عمدا على ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر، ومن هنا يمكن القول بأن تفقد الحاضنة حقها في السكن مع محضونها إذا ثبت أنها تزوجت من جديد وانتقلت مع زوجها إلى مسكن الزوجية الجديد أو ثبت أنها حولت مكان الحضانة إلى مكان " للقمار أو الدعارة "[1].

وبهذا فان التعديل الأخير رفع تماما التعارض الذي كان قائما بين المادتين ٥٢ و٧٢ من قانون رقم ٨٤-١١ فلم تعد المادة ٥٢ المعدلة تشترط عدد للمحضونين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة لأن نفقة المحضون وسكناه تقع شرعا على عاتق أبيه وليست على عاتق جده لأمه ، وهو موقف كل المذاهب الفقهية، وما يتوافق أيضا مع المادة ٧٢ المعدلة من قانون المعدل بالأمر رقم ٠٥-٠٢.

بالإضافة إلى كون النفقة من النظام العام كان على الدولة التدخل بإنشاء صندوق النفقة للمعسرين كما هو متبني في دول شقيقة مثل تونس، مصر، وأيضا المغرب في صندوق التكافل العائلي[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الأب في قانون الأسرة هو الولي الشرعي والقانوني على أولاده القصر حسب المادة ٨٧ من قانون الأسرة رقم ٨٤-١١، وفي حالة وفاته أو حصول مانع تحل الأم محله قانونا في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، غير أن التعديل الأخير أعطى الولاية على القصر في حالة الطلاق لمن أسندت له الحضانة حيث نصت المادة ٦٤ من قانون المعدل بالأمر رقم ٠٥-٠٢ على أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب بينما صرحت المادة ٨٧ من نفس القانون بقولها " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد[3]".

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق - قانون الأسرة في ثوبه الجديد - ص ١٤٦.

[2] بن داود عبد القادر ، المرجع السابق - الوجيز في شرح قانون الأسرة - ص ١٣١.

[3] جاء في عرض الأسباب المادة ٨٧ معدلة المرفقة بالمشروع التمهيدي تقترح هذه المادة إعادة النظر في الأحكام المتعلقة بالولاية عن طريق النص على أن تمارس من قبل الأب والأم بصفة مشتركة وذلك بهدف استحداث المسئولية العائلية المشتركة وفي حالة الطلاق تمنح الولاية من قبل القاضي إلى=

يلاحظ أن هناك تناقضاً بين النصوص المنظمة لحقوق وواجبات الزوجين سواء في علاقتهما ببعضهما أو بأطفالهما فهو واضح وجلي لأن المشرع الجزائري اعتبر الزوجين من جهة شريكين متساويات في تيسير شئون البيت، في حين مازال يكرس أحقية الأب في الولاية على أبنائه القصر أثناء قيام الزوجية في حين تنتقل الولاية إلى الحاضن سواء أكان أما أو أبا أو غيرهما بعد الطلاق وغالبا ما تكون الأم هي الحاضنة.

ونلاحظ أيضا انه بالإضافة إلى نفقة المحضون فقد نظم المشرع الجزائري أحكام النفقة في المواد من (٧٤ – ٨٠) من القانون نفسه، وقد قسم النفقة من حيث أسبابها إلى النفقة الزوجية ، والنفقة بسبب القرابة، وقد أخذ المشرع الجزائري هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية التي توجب الإنفاق على النساء مهما كان مركزهن القانوني.

أما في القانون المغربي فقد نصت المادة ١٦٨ من مدونة الأسرة المغربية بقولها " تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، مراعية في ذلك أحكام المادة ١٩١ بعده.

لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون على المحكمة أن تحدد فيه حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه[1].

وما نراه أن المشرع المغربي أعطى استقلالية لنفقة سكن المحضون في تقديرها عن النفقة مثل مأكل وملبس وعلاج و كذلك عن أجرة الحضانة.

وأكدت المادة على وجوب الأب تهيئ لأولاده سكنا لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار في حالة عدم استطاعته لتهيئ السكن، كما أكدت على عدم خروج المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون.

وقد نص القانون المغربي على نفقة الأولاد في المواد من (١٨٧ – ١٩٣) من مدونة الأسرة المغربية.

==الطرف الذي تستند له الحضانة (الأب أو الأم) وهذا من شأنه أن يضع حدا للمشاكل العديدة التي تعترض النساء المطلقات الحاضنات، ولاسيما اشتراط أذن الزوج في العديد من الحالات.

[1] مدونة الأسرة المغربية لسنة ٢٠٠٤.

أما فيما يخص القانون المصري فقد نص في المادة ١٨ مكرر ثانيا من قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بقولها " إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلي أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها والي أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب فان أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب عدم تيسير هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه ويلتزم بنفقة أولاده وتوفير المسكن الملائم لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم " .

مما يتضح لنا من نص المادة سالفة الذكر أن المشرع المصري عالج بعض المشاكل الحقيقية خاصة ما يتعلق باستحقاق النفقة للأولاد وتاريخ امتناع الأب عن الإنفاق فكان على المشرع أن يراعي في سن الابن التي يكون فيها قادرا على الكسب متى توفرت القدرة الحقيقية، وكان عليه مراعاة القوانين الأخرى مثل قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية [1].

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع المصري أكد على وجوب نفقة الأولاد على الأب إلي غاية بلوغ الابن سن معينة، وقدرته على الكسب فهنا تسقط نفقة الأب.

وكما نص القانون المصري في المادة ١٨ مكرر ثالثا بأن الزوج المطلق يهيئ لصغاره من مطلقته ولحضانتهم المسكن المناسب طوال سنى الحضانة. وقد جعل المشرع المصري الأحكام الصادرة والنفقات واجبة النفاذ، والحكمة في ذلك هي تمكين المحكوم له من الحصول على ما يمكنه من مواجهة مطالب الحياة فالغالب أن تكون المبالغ المحكوم بها نفقة هي مورد رزقه الوحيد[2].

وأخيرا يمكن القول بأن معظم التشريعات العربية تنص على وجوب نفقة الأولاد على الأب وكذلك بالنسبة لنفقة السكن لممارسة الحاضنة فهي أيضا واجبة على الأب وهي بذلك ليست مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية التي توجب كذلك وجوب النفقة للأولاد والتي تشمل" طعاما – كسوة – علاجا – وسكنا".

[1] د. محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق – أحكام الأسرة – ص ١٨٠.

[2] د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٧، ص ٣٧.

- اصرار المشرع الجزائري على أن عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق في الحضانة كمبدأ عام، والاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون. بخلاف القانون المغربي الذي لم ينص على ذلك.

التوصيات:

- ضرورة إصدار التنظيم الذي يبين إجراءات ونوعية الفحوصات المطلوبة قبل إبرام عقد الزواج.

- على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة ١١ المعدلة بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢، والتي تنص على الولاية في الزواج، وذلك بحذف عبارة " **أي شخص تختاره** " وتغييرها بعبارة " **والقاضي ولي من لا ولي له** " وذلك لأن الزواج ليس علاقة فردية بين الرجل وامرأة، بل هو علاقة بين أسرتين، فوجود رضا الولي لابد منه وضروري.

- على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة ٣٢ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢ والتي تنص على إبطال الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وذلك بحذف عبارة " **يبطل**" وتغييرها بعبارة " **يفسخ**".

- على المشرع الجزائري إدراج المادة ٢٠ الملغاة بالأمر رقم ٠٥-٠٢، والتي كانت تنص على إبرام عقد الزواج بوكالة الخاصة، وذلك لأن أغلب المذاهب الفقهية تأخذ بذلك، وكذلك نفس الشيء بالنسبة لجل التشريعات العربية.

- على المشرع الجزائري إعادة النظر والمراجعة بالنسبة لمسألة الذمة المالية للزوجين ومصير أموالهما المكتسبة خلال الحياة الزوجية والتي أجازتها المادة ٣٧ من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢، وذلك حسب طبيعة وثقافة وتقاليد المجتمع الجزائري التي تلتصق به.

- بالرغم من تنظيم قانون الاجراءات المدنية رقم ٠٨-٠٩ لإجراءات التقاضي في قضايا شئون الأسرة من المواد ٤٢٣ ألى ٤٩٩، إلا أنه لابد من إصدار قانون إجراءات تقاضي في مادة الأحوال الشخصية كما هو الشأن في القانون المصري ليكون بمثابة قانون مرافعات خاص لمنازعات خاصة .

- على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بالمحاكم الأسرة وإنشاء مكاتب التسوية لحل النزعات الزوجية كما هو الحال في القانون المصري.

- على المشرع الجزائري إعادة النظر بالنسبة لمسألة ترتيب الحواضن، خاصة فيما يخص تقديم الأب على باقي النسوة إذا كان الصغير رضيعا.

- على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بإنشاء صندوق النفقة للمحسنين كما هو الشأن في الدول شقيقة مثل المغرب "**صندوق التكافل العائلي**" ومصر" **صندوق تأمين الأسرة** " وتونس.

وأخيرا، فإنه جهد متواضع من مقلّ يرجو إقالة عثرته وتعويض نقصه وتفريطه بالنصح والتقويم والتوجيه والتشجيع، راجيا من الله جل وعلا أن يكرمنا بالعلم والتقوى وأن يسدد خطانا ويهدينا سواء السبيل ويزيننا بأخلاق المتعلمين ويسخرنا لخدمتهم، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

أولا: كتب اللغة العربية

- ابن منظور، لسان العرب، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط3، ١٩٩٩ م.

- ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب، بيروت لبنان.

- المصباح المنير، باب الخاء فصل الطاء، دار القلم، بيروت لبنان.

- الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز بادي الشيرازي الشافعي، قاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط١، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار المعارف، مصر، ط٢، ١٩٧٣ م، الجزء الأول.

- الإمام أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة (قاموس عربي عربي) دار الهدى للطباعة والنشر التوزيع، عين مليلة، الجزائر.

ثانيا: كتب السنة

- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، باب ما جاء في الخلع، المطبعة المصرية بالأزهر، الجزء السادس.

- الحافظ أبي عبد الله بن محمد بن زيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني.

- الامام ابن العربي الماكي، صحيح الترمذي، المطبعة المصرية بالأزهر، ط١، عام ١٣٥٠هـ الموافق ل١٩٣١م، الجزء الخامس.

-الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح الجامع الصحيح للبخاري من رواية أبي ذر الهروي، عن مشايخه الثلاثة: الكشميهني والمستملي والسرخسي، تقديم وتحقيق وتعليق، عبد القادر شيبة الحمد، مكتبة الملك فهد الوطنية ١٤٢١هـ، ٢٠٠١ م، الجزء الأول.

- الامام الكبير أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن، سنن الدرامي، باب النهي عن الخطبة الرجل على خطبة أخيه، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، المجلد الثاني، الجزء الثاني.

- الإمام يحي بن شرف النووى، صحيح مسلم بشرح النووى، تحقيق عبد الله أحمد أبوزينة، دار الشعب، القاهرة، المجلد الثالث، الجزء الثالث.

- علي بن عمر الدار القطنى، سنن الدار قطنى، المجلد الثاني، دار المحاسن، الجزء الرابع.

- فتح الباري، شرح صحيح البخاري، تحقيق محي الدين الخطيب، دار المحاسن القاهرة، ط١، عام ١٩٨٧ م، المجلد الثاني، الجزء الرابع.

- محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، الجزء الأول.

ثالثا: الكتب الفقهية

أ- الفقه الحنفي:

- ابن عابدين، رد المختار على در المختار، المطبعة الأميرية بولاق ١٣٢٣هـ، الجزء الثاني.

- الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الجزء الثالث.

- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، بإشراف مكتب البحوث والدراسات، ط ١، الجزء الثاني.

- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر زكريا على يوسف مطبعة الامام ١٣ شارع قرقول المشية بالقلعة مصر، الجزء الخامس.

- السرخسي، المبسوط، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء الخامس.

- السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء السابع عشر.

- الإمام برهان الدين أبي المعالي، المحيط البرهاني، تقديمه نعيم أشرف نور أحمد، منشورات المجلس العلمي، المجلد الرابع.

- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، الجزء الرابع.

- كمال بن الهمام، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق ، مصر ١٣١٦ هـ.

– كمال بن همام، شرح فتح القدير، طبعة دار إحياء التراث العربي.

– علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الشركات والوكالة، منشورات مكتبة النهضة بيروت، بغداد.

– عثمان بن علي الزيعلى، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، الجزء الثالث.

ب– الفقه المالكي:

– أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار الفكر، بيروت، الجزء الثاني.

– أحمد الدرير، الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر بيروت، الجزء الثاني.

– الإمام ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر مكتبة الخانجي، الجزء الثاني.

– الإمام ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار أشريفة، الجزائر، الجزء الثاني.

– الباجي، المنتقي، دار الكتاب الاسلامي، الجزء الثالث.

– التاج والاكليل المختصر خليل، دار الكتب العلمية، الجزء الخامس.

– الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، الجزء الثاني.

– الخرشي، الخرشي علي خليل، دار صادر، بيروت لبنان، الجزء الثالث.

– الخرشي، الشرح الكبير للدر دير، مع حاشية الدسوقي، طبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء الثاني.

– أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، الجزء الثالث.

– الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت لبنان، المجلد الأول، الجزء الأول.

– الشيخ علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر بيروت، المجلد الثالث– والرابع، الجزء الثالث.

– القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، عام ١٩٩٤م، الجزء الرابع.

د- الفقه الحنبلي:

- الشيخ ابن تيمية، الفتاوي الكبرى، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع.

- ابن تيمية، نظرية العقد، طبعة دار المعرفة، بيروت.

- ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدمه وعلق عليه، طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية، الجزء الرابع.

- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، المطبعة المصرية ومكتبتها، تأسست عام ١٩٢٤ م، الجزء الرابع.

- ابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء السابع.

- ابن قدامة، المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقي، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، الجزء السادس.

- البهوتي، شرح منتهي الإرادات، طبعة عالم الكتب، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣ م، الجزء الثالث.

- منصور بن يوسف البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء الخامس.

- منصور البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلي هلال، دار الفكر بيروت ١٤٠٢هـ، الجزء الخامس.

- المرداوي، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثامن.

هـ - باقي المذاهب الفقهية:

- أبو محمد علي بن محمد بن حزم الأندلسي، المحلي، دار الكتب العلمية، الجزء التاسع.

رابعا: كتب أصول الفقه

- الشيخ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦ م.

- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، المكتبة العربية، صيدا بيروت.

- الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربية، مصر، ط١، ١٩٩٦م.

- د. حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الاسلامية والقانون المقارن، ط٢، ٢٠٠٠م.

- د. رمضان على الشرنباصى، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٣ م.

- د. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١، عام ٢٠٠٥ م، الجزء الرابع.

- د. محمد فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي المعاصر، دار قتيبة بيروت الجزء الثاني.

- د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة بيروت، ط١، ١٩٩٤ م، الجزء الثاني.

- د. محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي، قواعد الفقه ونظرياته العامة، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٧ م.

- د. محمد على فهمى السرجانى، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط١، عام ١٩٧٧ م.

- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت لبنان، ط٩، ١٩٦٧- ١٩٦٨ م، الجزء الأول.

- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر دمشق،الجزء السابع.

خامسا: كتب الأحوال الشخصية

-الشيخ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة، ط٢.

- د .الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط١، ٢٠٠٥ م..

- أحمد الخصري، الأحوال الشخصية - الولاية- الوصاية الطلاق-، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٧هـ، ١٩٦٨ م.

– أحمد نصر الجندي، نيابة شئون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، دار الكتب القانونيـة مصر، عام ٢٠٠٦ م.

– أحمد نصر الجندى، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونيية، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر ٢٠٠٩ م.

– د.إبراهيم صادق الجندي، والمقدم. حسين حسن الحصيني، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنيـة، الريـاض، ط١، عـام ٢٠٠٢ م.

– أحمد الفقيه، إشكالية العمل النسوي، المرأة العاملة والقانون الاجتماعي المغربي، مطبعـة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ١٩٩٦ م.

– د. أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريق القيامة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية بالقاهرة عام ١٩٨٥ م.

– د. أمينة فؤاد، مهنة المرأة والوظيفة العاملة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤ م.

– د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٥، ٢٠٠٧ م، الجزء الأول.

– د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر ٠٥–٠٢ معلقا عليه بمبادئ المحكمـة العليا من ١٩٦٦، ٢٠٠٦، ديوان المطبوعات الجامعية.

– بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قـانون الأسـرة الجديـد، دار الهـلال للخـدمات الإعلامية.

– باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائـر، دار الهدى، عين مليلة الجزائر لسنة ٢٠٠٧ م.

– د. تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

– د. حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبـل الـزواج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٧ م.

- د.حسن الأ شموني، محمد عبد الكريم، مرجع القضاء في تشريعات الأحـوال الشخـصية للأجانب، الكتاب الأول، التشريع الفرنسي في الأشخاص، دار النشر للجامعـات المـصرية، القاهرة، ١٩٥٠ م.

- د. حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنـة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسـكندرية، ط١، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٨ م.

- د. خالد فائق العبيدي، الوراثة والاستنساخ ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥ م.

- د. جابر عبد الهادى سالم الشافعى، أحكام الأسرة، الزواج- الفرقة بين الزوجين- حقـوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحـوال الشخـصية، مطـابع السعدنى ٢٠٠٨ م.

- د. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الهدى للمطبوعـات، عام٢٠٠٥ م.

- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مطبعة دار التـأليف، القـاهرة، ط١، ١٩٥٩-١٩٦٠ م.

- د. سعد الدين مسعد هلالي البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة ، لجنة التأليف والتعريب والنشر الكويت، عام ٢٠٠١ م.

- د. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (في الزواج والطلاق) المؤسسة الوطنيـة للكتاب، الجزء الأول، الجزائر، عام ١٩٨٦ م.

- د. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية فـي الأحـوال الشخـصية، دار البـصائر، ط١، ٢٠٠٧م.

- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دارهمومة ٢٠٠٥ م.

- عبد الله السوسي التناني، مدونة الأسرة المغربية في إطار المذهب المالكي وأدلته، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، ط١ ، عام٢٠٠٥ م.

- د. عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، طبعة ١٩٩٤ م.

- د. عبد الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، العدد ٣٥ مارس ٢٠٠٣ م.

- عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، منشورات ثالة، الجزائر، ٢٠٠٠م.

- عبد الفتاح تقيه، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، المنشورات ثالة الجزائر ٢٠٠٧م.

- د. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مطبعة دار النهضة العربية، ١٩٩٣/١٩٩٤ م.

- د. عبد الله بن محمد الطيار، لقاءات الباب المفتوح مع فضيلة الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين، دار البصرة، الإسكندرية.

- عبد السلام السميح، تذكرة الحكام في البحث في الوعد والالتزام ، منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المملكة المغربية، ٢٠٠٣ م.

- الشيخ عرفان العشا حسونة الدمشقي، ٥٢٠ سؤالا وجوابا في المسائل الشرعية والطبية،، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ط١ ، ١٤٢٦ هـ، ٢٠٠٥ م.

- عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، القاهرة، ط٤، عام ١٩٦٣ م.

- د. عمرو عبد المنعم سليم، مسائل مهمة لنساء الأمة، الطبعة الأولى، دار الإمام مالك للكتاب، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣ م.

- د. علي محي الدين القره داغي، د. علي يوسف المحمدي ، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية بيروت لبنان، ط٣، عام ١٤٢٦ هـ /٢٠٠٨ م.

- عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، ٢٠٠٦ م.

- د. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشأة المعارف بالإسكندرية عام ١٩٩٨ م.

- د. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٧ م.

- د. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، الجزء الأول، ط٢، ١٩٩٤ م.

- د. محمد الكبشور، الوسيط في القانون الأحوال الشخصية المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط٥، ١٩٩٩ م.

- محمد عمارة، الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمد عبده، تحقيق ودراسة، دار القاهرة للدراسة العربية، ١٩٧٥ م.

- محمد قطب، التطور والثبات في حياة البشر، دار الشروق، بيروت.

- د. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، طبع بالديوان الوطني للأشغال التربوية، ط١ ، ٢٠٠٣ م.

- د. مروك نصر الدين، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر.

- د. مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣ م.

- معوض عبد التواب، الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٦، ١٩٩٥ الجزء الثاني.

- د. منذر الطيب البرزنجي ، وأ. شاكر غني العادلي : عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، الطبعة أولى، مؤسسة الرسالة ، بغداد، ط١ ، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١ م.

- د. نصر سلمان، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دارالهدى الجزائر.

- نبيل صقر، أحمد لعور، الدليل القانوني للأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر ٢٠٠٦ م.

سادسا: كتب القانونية

- د. أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٧ م.

- د. أحسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، طبعة ٢٠٠١ م.

- د. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات المتحدة، النظرية العامة للجريمة، طبعة ١٩٩٨ م، الجزء الأول.

- د. جلال العدوي، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.

- د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٥ م.

- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢ م، الجزء الأول.

- فتحي والى، الوسيط في القانون القضاء المدني، المطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة ١٩٩٣ م.

- د. نبيل إبراهيم سعد، وهمام محمد محمود، المدخل للقانون نظرية الحق، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٢ م.

سابعا: الرسائل الجامعية

- العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، ١٩٩٩/٢٠٠٠ م.

- بن شويخ الرشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في القانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة البليدة الجزائر، عام ٢٠٠٢ م.

- خيرة العرابي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، ٢٠٠٢ م.

- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها في الأحكام الفقهية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية عام ٢٠٠٣ م.

- محمد حجاري، نظام الإثبات في الأحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونين المصري والجزائري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠٠٧ م.

- محمد علي محمد سكيكر، فقه الإجراءات أمام محاكم الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠٠٧ م.

- محمد علي المحاقري، أساس المسئولية المدنية في القانون اليمني مقارنا بالقانون المصري ، والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق ١٩٩٦ م.

- مفتاح محمد أقزيط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٤ م.

ثامنا: مقالات

- د. أحمد هندي، القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية، مقصد التيسير الإجرائي، مقالة في دورة المقاصد الشريعة، جامعة الإسكندرية، فبراير ٢٠٠٩ م.

- أحمد عمراني، التلقيح الصناعي بعد الوفاة، مخاطره ومحاذره، ص ٤٧ إلى ٦٠، دراسات قانونية مجلة سداسية، تصدر عن جامعة تلمسان، العدد ٠١، كلية الحقوق، ديسمبر ٢٠٠٤ م.

- الصديق بلعريبي، السعاية، مجلة المرافعة التي تصدرها هيئة المحامين بأكادير، العدد السادس١٩٩٧ م.

د. تشوار جميدو زكية، عمل المطلقة الحاضنة كسبب مسقط للحضانة بين الفراغ التشريعي والواقع الاجتماعي،(مقالة) قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديث ٢٠٠٧ م، نقلا عن الوليد ابن رشد.

- د. عبد الكريم مأمون، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد ٢.

- د. عبد الحكيم العميلي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية مجلة السياسة الدولية ١٩٧٥ م، عدد ٣٩.

- عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة ٠٣ مكرر من قانون الأسرة، الأمر رقم ٠٥-٠٢ المجلة المحكمة العليا. عدد ٢ السنة ٢٠٠٥ م.

- د. محمد مومن، حق الكد والسعاية دراسة لحق المرأة في اقتسام الممتلكات المكتسبة خلال فترة الزواج في القانون المغرب، مقالة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي الكويت، العدد الثاني ٢٠٠٦

- د. محمد أبو زيد ، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب مجلة الحقوق، العدد الثاني صادرة من مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، طبعة ١٩٩٦ م.

- مزيان محمد مقران، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة ، الرسالة التخرج لنيل إيجازه المدرسة العليا للقضاء الدفعة ١٤ لسنة ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦ م.

- ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٣ – ١٥ أكتوبر ١٩٨٨ م، الجزء الثاني، عام ٢٠٠٠ م.

- كمال لدرع، نظرة في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي، المعيار، دورة علمية محكمة تعني بالدراسات الإسلامية، تصدرها كلية الأصول، قسنطينة.

تاسعا: مراجع شبكة الانترنت

-أحمد شرف الصوص، الذمة المالية" مقالة"

http://www.alrabta.com/vb/archive/index.php/t-2163.html.

- د. أمحمد برادة غزيول، الإخصاب الصناعي من منظور إسلامي، موقع على شبكة الانترنت

. . www.islamonline.net

-الحسين الملكي، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات نظام الكد والسعاية، مقالة بجريدة العلم بتاريخ ٢٠٠٤/٠٥/٠٤ م، العدد ١٩٧٠٥.

http://perso.menara.ma/%7Eelmilki/DossierMaitre/ArticlesM/indexA.htm

-الشيخ د. إبراهيم القطان: ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام. موقع على شبكة الإنترنت
www.Islamonline.net

-المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة ، في الفترة من ١١ إلى ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٤هـ، موقع على شبكة الإنترنت

. www.islamqu.com

-قرار فتوى المؤتمر المنعقد بدبي" الإمارات العربية المتحدة" في دورتـه الـسادسة عـشر المنعقد من ٠٩إلى ١٤ أبريل٢٠٠٥ م.

http://www.zawjan.com/art-361.htm

- ملخص كتبه الأستاذ المرحوم الشيخ محمود شلتوت في كتابه " الفتاوى "، دار القلـم القاهرة، موقع على شبكة الإنترنت

- www.islamonline.net.

عاشرا: القوانين والمراسيم

- قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ المؤرخ في ٠٩ رمضان ١٤٠٩هـــ الموافـق ل ١٩٨٤/٠٦/٠٩ م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجـب الأمـر الرئاسـي المؤرخ في ١٨ محرم ١٤٢٦هـ الموافق ل ٢٠٠٥/٠٢/٢٧ م.
- القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحـوال الشخـصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م.
- القانون رقم ٠١ لسنة ٢٠٠٠ م، المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي فـي مسائل الأحوال الشخصية.
- القانون رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٤ م، المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة.
- مدونة الأسرة المغربية لسنة ٢٠٠٤ م.
- المجلة التونسية للأحوال الشخصية الصادرة في تاريخ ١٩٥٦/٠٧/١٧ م.
- الأمر رقم ٦٦-١٥٤ المؤرخ فـي ١٨ صـفر ١٣٨٦ الموافـق ٠٨ يونيـو ١٩٦٦ م، المتضمن قانون الاجراءات المدنية المعدل.
- الأمر رقم ٢٠-٧٠ قانون الحالة المدنية الجزائري المؤرخ فـي ١٣ ذي الحجـة عـام ١٣٨٩ هـ الموافق ل ١٩٧٠/٠٢/١٩ م.
- الأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ١٩٧٥/٠٩/٢٦ المتضمن القانون المدني.
- الأمر رقم
- قانون رقم ٠٨-٠٩ مؤرخ في ١٨ صـفر ١٤٢٩هـــ الموافـق ل٢٠٠٨/٠٢/٢٥ م، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.